VERICA TRSTENJAK
FŐTANÁCSNOK INDÍTVÁNYA
Az ismertetés napja: 2010. március 24.[1]

Tartalomjegyzék

I – Bevezetés ..... I - 10913

II – Jogi háttér ..... I - 10914

A – A közösségi jog ..... I - 10914

B – A nemzeti jog ..... I - 10916

III – A tényállás, az alapeljárás és az előzetes döntéshozatalra előterjesztett kérdés ..... I - 10917

IV – A Bíróság előtti eljárás ..... I - 10918

V – A felek főbb érvei ..... I - 10919

A – Az előzetes döntéshozatalra előterjesztett első kérdésről ..... I - 10919

B – Az előzetes döntéshozatalra előterjesztett második kérdésről ..... I - 10921

VI – Jogi értékelés ..... I - 10922

A – Bevezető megjegyzések ..... I - 10922

B – Az előzetes döntéshozatalra előterjesztett első kérdésről ..... I - 10923

1. A „kereskedelmi gyakorlat” fogalma a 2005/29 irányelv 2. cikkének d) pontjában ..... I - 10924

2. A 2005/29 irányelv személyi hatálya ..... I - 10924

a) A 2005/29 irányelv által lefedett terület ..... I - 10925

1 – Eredeti nyelv: német.

b) Az UWG 9a. §-a (1) bekezdésének 1. pontjában foglalt tilalom védelmi célja ..... I - 10928

i) Az egyes védett jogtárgyak eltérő súlyozásáról ..... I - 10928

ii) A releváns nemzeti rendelkezések és ítélkezési gyakorlat vizsgálata ..... I - 10930

c) Következtetés ..... I - 10932

3. A két szabályozás struktúrájának vizsgálata ..... I - 10932

a) A 2005/29 irányelv szabályai ..... I - 10932

i) A nemzeti szabályok teljes és maximális harmonizációja mint szabályozási cél ..... I - 10933

ii) A 2005/29 irányelv szabályozási struktúrája ..... I - 10934

b) Az UWG szabályai ..... I - 10935

i) Az UWG 9a. §-a (1) bekezdésének 1. pontja szerinti tilalom szabályozási struktúrájának bemutatása ..... I - 10936

4. A vita tárgyát képező szabályozás összeegyeztethetősége a 2005/29 irányelvvel ..... I - 10937

a) Az írott nemzeti jog ..... I - 10937

i) A szabályozási rendszer megfordítása ..... I - 10937

ii) Az UWG 9a. §-ának (2) bekezdése szerinti kivételek elégtelensége ..... I - 10938

iii) Következtetés ..... I - 10939

b) Az irányelvvel összhangban álló értelmezés lehetősége ..... I - 10940

i) A 2005/29 irányelv rendelkezéseire tekintettel történő vizsgálat I - 10941

– A 2005/29 irányelv 5. cikkének (4) és (5) bekezdése .. I - 10941

– A 2005/29 irányelv 5. cikkének (2) bekezdése ..... I - 10943

c) Következtetés ..... I - 10950

5. Következtetések ..... I - 10953

C – Az előzetes döntéshozatalra előterjesztett második kérdésről ..... I - 10954

VII – Végkövetkeztetések ..... I - 10956

I — Bevezetés

1. Az EK 234. cikk[2] szerint megindított jelen előzetes döntéshozatali eljárásban az Oberster Gerichtshof (Ausztria) (a továbbiakban: kérdést előterjesztő bíróság) a belső piacon a tisztességtelen kereskedelmi gyakorlatokról szóló 2005/29/EK irányelv[3] (a továbbiakban: 2005/29 irányelv) értelmezése céljából terjesztett két kérdést a Bíróság elé. Lényegében azon nemzeti szabályozás közösségi joggal való összeegyeztethetőségének kérdéséről van szó, amely alapján tilos időszaki lapokhoz csatolt ingyenes kiegészítő kedvezmények meghirdetése, kínálása vagy nyújtása, illetve amely alapján tilos az ingyenes kiegészítő kedvezmények más árukhoz vagy szolgáltatásokhoz történő csatolása anélkül, hogy az egyedi esetben meg kellene vizsgálni ennek a kereskedelmi gyakorlatnak a megtévesztő jellegét.

2 – Az előzetes döntéshozatali eljárást az Európai Unióról szóló szerződés és az Európai Közösséget létrehozó szerződés módosításáról szóló, 2007. december 13-i Lisszaboni Szerződés (HL C 306., 1. o.) szerint immár az Európai Unió működéséről szóló szerződés 267. cikke szabályozza.

3 – A belső piacon az üzleti vállalkozások fogyasztókkal szemben folytatott tisztességtelen kereskedelmi gyakorlatairól, valamint a 84/450/EGK tanácsi irányelv, a 97/7/EK, a 98/27/EK és a 2002/65/EK európai parlamenti és tanácsi irányelvek, valamint a 2006/2004/EK európai parlamenti és tanácsi rendelet módosításáról szóló, 2005. május 11-i 2005/29/EK európai parlamenti és tanácsi irányelv („Irányelv a tisztességtelen kereskedelmi gyakorlatokról") (HL L 149., 22. o.).

2. Az előzetes döntéshozatal iránti kérelem előzménye a Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG (a továbbiakban: az alapeljárás felperese) által benyújtott ideiglenes intézkedés iránti kérelem, amellyel az említett felperes egy promóciós játékban megnyilvánuló, a nemzeti jog alapján főszabály szerint tilos kiegészítő kedvezmény versenyellenes alkalmazása okán e tevékenység abbahagyásának igényével lépett fel az „Österreich"-Zeitungsverlag GmbH-val (a továbbiakban: az alapeljárás alperese) szemben.

3. A jelen ügy a C-261/07. és C-299/07. sz., VTB-VAB és Galatea egyesített ügyeket[4], valamint a C-304/08. sz. Plus-ügyet[5] követően már a harmadik azon kérelmek sorában, amelyekkel a nemzeti bíróságok a kapcsolt ajánlatok tagállami tilalmának a 2005/29 irányelvvel való összeegyeztethetőségére vonatkozó kérdést vetik fel a Bíróság előtt. A jelen ügyet az eddigiektől megkülönböztető, és ezért jogi szempontból gondosan megvizsgálandó fő kérdések egyike az, hogy az összeegyeztethetőség vizsgálatára akkor is lehetőség van-e, ha az érintett nemzeti szabályozás feltételezett szabályozási célja egyrészt a sajtó sokszínűségének, másrészt a versenytársaknak a védelmében rejlik.

4 – A C-261/07. és C-299/07. sz., VTB-VAB és Galatea egyesített ügyekben 2009. április 23-án hozott ítélet (EBHT 2009., I-2949. o.).

5 – A C-304/08. sz. Plus-ügyben 2010. január 14-én hozott ítélet (EBHT 2010., I-217. o.).

II — Jogi háttér

A – *A közösségi jog*

4. A 2005/29 irányelv 1. cikke értelmében:

„Ennek az irányelvnek az a célja, hogy hozzájáruljon a belső piac megfelelő működéséhez, valamint hogy a fogyasztók gazdasági érdekeit sértő tisztességtelen kereskedelmi gyakorlatokra vonatkozó törvényi, rendeleti és közigazgatási tagállami rendelkezések közelítése révén magas szintű fogyasztóvédelmet valósítson meg."

5. A 2005/29 irányelv 2. cikke értelmében:

„Ezen irányelv alkalmazásában:

[…]

d) »az üzleti vállalkozásoknak a fogyasztókkal szemben folytatott kereskedelmi gyakorlatai« (a továbbiakban: »kereskedelmi gyakorlatok«): a kereskedő által kifejtett tevékenység, mulasztás, magatartási

forma vagy megjelenítési mód, illetve kereskedelmi kommunikáció – beleértve a reklámot és a marketinget is –, amely közvetlen kapcsolatban áll valamely terméknek a fogyasztó részére történő eladásösztönzésével, értékesítésével vagy szolgáltatásával;

[…]”

6. Az irányelv 3. cikkének (1) bekezdése a következőket írja elő:

„Ezt az irányelvet az üzleti vállalkozásoknak a termékhez kapcsolódó kereskedelmi ügylet lebonyolítását megelőzően és azt követően, valamint a lebonyolítás során, a fogyasztókkal szemben folytatott, az 5. cikkben meghatározott tisztességtelen kereskedelmi gyakorlatára kell alkalmazni.”

7. Az irányelv 4. cikke értelmében:

„A tagállamok nem korlátozhatják sem a szolgáltatások nyújtásának szabadságát, sem az áruk szabad mozgását az ezen irányelv által közelített területekhez tartozó indokok alapján.”

8. Az irányelvnek a „A tisztességtelen kereskedelmi gyakorlatok tilalma” címet viselő 5. cikke a következőket írja elő:

„(1) Tilos tisztességtelen kereskedelmi gyakorlatokat alkalmazni.

(2) A kereskedelmi gyakorlat tisztességtelen, amennyiben:

a) ellentétes a szakmai gondosság követelményeivel,

és

b) a termékkel kapcsolatban jelentősen torzítja vagy torzíthatja azon átlagfogyasztó gazdasági magatartását, akihez eljut, vagy aki a címzettje, illetve – amennyiben a kereskedelmi gyakorlat egy bizonyos fogyasztói csoportra irányul – a csoport átlagtagjának a gazdasági magatartását.

(3) Azon kereskedelmi gyakorlatokat, amelyek valószínűsíthetően csak a fogyasztóknak egy, e kereskedelmi gyakorlattal vagy az annak alapjául szolgáló termékkel szemben szellemi vagy fizikai fogyatékosságuk, koruk

vagy hiszékenységük miatt különösen kiszolgáltatott, egyértelműen azonosítható csoportjának gazdasági magatartását torzítják jelentősen – és oly módon, hogy azt a kereskedőnek ésszerűen előre kellene látnia –, az adott csoport átlagtagja szempontjából kell értékelni. Ez nem érinti azokat a megszokott és jogszerű reklámtevékenységeket, amelyek túlzó vagy nem szó szerint értendő kijelentéseket alkalmaznak.

(4) Különösen tisztességtelen az a kereskedelmi gyakorlat, amely:

a) a 6. és 7. cikkben meghatározott módon megtévesztő,

vagy

b) a 8. és 9. cikkben meghatározott módon agresszív.

(5) Az I. melléklet tartalmazza azoknak a kereskedelmi gyakorlatoknak a felsorolását, amelyek minden körülmény között tisztességtelennek minősülnek. Ugyanezt a felsorolást kell alkalmazni minden tagállamban, és a felsorolás csak ezen irányelv felülvizsgálata révén módosítható."

9. Az irányelv I. melléklete az időszaki lapokhoz csatolt ingyenes kiegészítő kedvezmények meghirdetését, kínálását vagy nyújtását nem sorolja fel a minden körülmény között tisztességtelennek minősülő kereskedelmi gyakorlatok között.

B – *A nemzeti jog*

10. A tisztességtelen piaci magatartás tilalmáról szóló osztrák törvény (Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, a továbbiakban: UWG)[6] 9a. §-ának (1) bekezdése így szól:

„Aki kereskedelmi forgalomban a verseny céljából

1. nyilvános közleményekben vagy egyéb olyan közlésekben, amelyek egy nagyobb személyi körhöz szólnak, meghirdeti, hogy a fogyasztóknak a termékek vagy szolgáltatások mellett ingyenes kiegészítő kedvezményeket (bónuszokat) nyújt, vagy fogyasztóknak időszaki nyomtatványok mellett ingyenes kiegészítő kedvezményeket (bónuszokat) kínál, ilyeneket meghirdet vagy nyújt, vagy

6 – A 2007. november 13-i törvénnyel (BGBl. I, 79/2007. sz.) módosított, a tisztességtelen piaci magatartás tilalmáról szóló, 1984. évi szövetségi törvény (Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, UWG, BGBl. 448. sz.).

2. üzleti vállalkozásoknak termékek vagy szolgáltatások mellett ingyenes kiegészítő kedvezményeket (bónuszokat) hirdet meg vagy nyújt,

a magatartás abbahagyására és kártérítésre kötelezhető. Ez vonatkozik arra az esetre is, amikor a kiegészítő kedvezmények ingyenességét a termékek vagy szolgáltatások együttes árával, vagy a kiegészítő kedvezmény látszólagos árával, vagy más módon leplezik."

III — A tényállás, az alapeljárás és az előzetes döntéshozatalra előterjesztett kérdés

11. A kérdést előterjesztő bíróság tájékoztatása szerint az osztrák napilapok piacán tevékenykedő két versenytárs abból eredő jogvitájában kell döntenie, hogy az alapeljárás alperese az újságjában „az év focistájának" megválasztását hirdette meg. A cikk vastagon szedett bevezetőjében az állt, hogy „Érdemes részt venni: nyerjen egy vacsorát a nagy focistaszavazás nyertesével." A cikktől balra egy „szavazókupon" volt található, „vágja ki és küldje be" felirattal. Jobb oldalon utaltak az internetes szavazás lehetőségére. A következő kilenc napban hasonló cikkek jelentek meg.

12. Az elsőfokú bíróság a felperes kérelmére úgy határozott, hogy a hirdetés az UWG 9a. §-a (1) bekezdésének 1. pontja értelmében vett tilos kiegészítő kedvezménynek minősül, és ideiglenes intézkedéssel helyt adott a hirdetési tevékenység abbahagyása iránti kérelemnek. A fellebbviteli bíróság ellenben úgy határozott, hogy a hirdetés nincs a piacra releváns hatással, amivel szemben a felperes az elsőfokú bíróság által elrendelt ideiglenes intézkedés visszaállítása iránti kérelemmel fordult a kérdést előterjesztő bírósághoz. A kérdést előterjesztő bíróság előzetes megítélése szerint az UWG 9a. §-a (1) bekezdésének 1. pontját alkalmazva a felperes kérelmének helyt kellene adni. A kérdést előterjesztő bíróságnak mindazonáltal kétségei vannak azt illetően, hogy az UWG 9a. §-a (1) bekezdése 1. pontjának alkalmazása nem ellentétes-e az irányelvvel, ami az irányelv szabályozási területét érintő értelmezés függvénye.

13. E körülményekre figyelemmel az Oberster Gerichtshof az eljárást felfüggesztette, és előzetes döntéshozatal céljából a következő kérdéseket terjesztette a Bíróság elé:

1) Ellentétes-e a 2005/29/EK irányelv 3. cikkének (1) bekezdésével és 5. cikkének (5) bekezdésével, vagy ennek az irányelvnek más rendelkezéseivel az olyan nemzeti szabályozás, amely alapján tilos

időszaki lapokhoz csatolt ingyenes kiegészítő kedvezmények meghirdetése, kínálása vagy nyújtása, illetve amely alapján az ingyenes kiegészítő kedvezmények más árukhoz vagy szolgáltatásokhoz történő csatolása a kimerítő jelleggel felsorolt kivételeken túlmenően tilos, anélkül, hogy az egyedi esetben meg kellene vizsgálni ennek a kereskedelmi gyakorlatnak a megtévesztő, agresszív, vagy egyébként tisztességtelen jellegét, abban az esetben is, ha ez a szabályozás nem csak a fogyasztóvédelem célját, hanem olyan más célokat is szolgál, amelyekre az irányelv tárgyi hatálya nem terjed ki, mint például a sajtó sokszínűségének a fenntartása vagy a gyengébb versenytársak védelme?

2) Az első kérdésre adott igenlő válasz esetén:

Önmagában már azért tisztességtelen kereskedelmi gyakorlatnak minősül-e a 2005/29/EK irányelv 5. cikkének (2) bekezdése értelmében az, ha egy nyereményjátékban a részvételt egy újság megvásárlásához kapcsoltan teszik lehetővé, mert ez a részvételi lehetőség az érintett kör legalábbis egy része számára ugyan nem az egyetlen, minden bizonnyal azonban a döntő indoka az újság megvételének?

IV — A Bíróság előtti eljárás

14. A 2008. november 18-i előzetes döntéshozatalra utaló határozat 2008. december 4-én érkezett a Bíróság Hivatalához.

15. A Bíróság alapokmányának 23. cikkében megállapított határidőn belül az alapeljárás felei, az Osztrák Köztársaság kormánya és a Belga Királyság kormánya, valamint az Európai Bizottság terjesztett elő írásbeli észrevételeket.

16. A 2010. január 19-én tartott szóbeli tárgyaláson az alapeljárás feleinek a meghatalmazottjai, az Osztrák Köztársaság kormányának és a Németországi Szövetségi Köztársaság kormányának a meghatalmazottjai, valamint a Bizottság meghatalmazottja adták elő érveiket.

V — A felek főbb érvei

A – *Az előzetes döntéshozatalra előterjesztett első kérdésről*

17. A kérdést előterjesztő bíróság első kérdésével lényegében arra vár választ, hogy az áruk kiegészítő kedvezmények alkalmazása melletti értékesítését főszabály szerint tiltó tagállami rendelkezés a 2005/29 irányelv hatálya alá tartozik-e annak ellenére, hogy e rendelkezés nem kizárólag fogyasztóvédelmi célt szolgál.

18. Az *alapeljárás felperese*, valamint az *osztrák* és a *belga kormány* azt javasolják, hogy a Bíróság nemleges választ adjon e kérdésre.

19. E tekintetben egyrészt arra hivatkoznak, hogy a kedvezményes áron történő árusítás egy rendeletre vonatkozó javaslat tárgya volt, amely az ilyen eladás-ösztönzési intézkedések jogi kezelését világosan megkülönböztette a tisztességtelen kereskedelmi gyakorlatok jogi kezelésétől, amelyet jelenleg a 2005/29 irányelv szabályoz. A Bizottság azonban e javaslatot 2006-ban – egy évvel az irányelv elfogadását követően – visszavonta. Ennélfogva nem állítható, hogy a kedvezményes áron történő árusítás közvetetten az irányelv hatálya alá tartozik. Az irányelv továbbá – tekintettel arra a tényre, hogy az a (6) preambulumbekezdésének tanúsága szerint a fogyasztók gazdasági érdekeinek közvetlen védelmét célozza – nem alkalmazható az alapesetbelihez hasonló, elsődlegesen egyéb célokat, nevezetesen a versenytársak védelmét és a sajtó sokszínűségének a fenntartását szolgáló, és a fogyasztóvédelmet csak közvetve célzó tagállami szabályozásokra.

20. Az *alapeljárás felperese* és az *osztrák kormány* a biztonság kedvéért kifejti, hogy az UWG 9a. cikke (1) bekezdésének 1. pontjában a kiegészítő kedvezmények alkalmazása melletti értékesítés vonatkozásában előírt tilalom mindenképpen összeegyeztethető az irányelvvel.

21. A 2005/29 irányelv megengedi ugyanis a tagállamoknak, hogy az 5. cikk (2) bekezdése szerint tisztességtelennek minősítsék, és ennek megfelelően megtiltsák az olyan kereskedelmi gyakorlatot, amely ellentétes a szakmai gondosság követelményeivel, és jelentősen torzíthatja az átlagfogyasztó gazdasági magatartását. A vita tárgyát képező tagállami tilalom azonban csak abban az esetben alkalmazható, ha a nemzeti bíró megállapítja, hogy a fogyasztó nem objektív, valamely járulékos előnyhöz való esetleges hozzájutás reményével összefüggő okokból vásárolta meg a lapot, és ha az ilyen előny nem tartozik az UWG 9a. cikkének (2) bekezdésében

felsorolt kivételek közé. Ezenfelül a nemzeti bíróságok elvégzik az egyedi esetek megfelelő értékelését.

22. Az *alapeljárás felperesének* véleménye szerint az osztrák szabályozás lényegesen különbözik a korábban a C-261/07. és C-299/07. sz., VTB-VAB és Galatea egyesített ügyek, valamint a C-304/08. sz. Plus-ügy tárgyát képező szabályozásoktól annyiban, amennyiben az utóbbiak általános tilalmakat tartalmaznak, és ezért az egyes konkrét esetek különleges körülményeire nem voltak tekintettel.

23. Az *alapeljárás alperese* ellenben arra hivatkozik, hogy a (6) preambulumbekezdésnek megfelelően csak a kizárólag a versenytársak gazdasági érdekeit sértő, vagy a kereskedők közötti ügyletekhez kapcsolódó nemzeti jogszabályok vannak kizárva a 2005/29 irányelv hatálya alól. Nyilvánvalóan nem ez a helyzet azonban a vita tárgyát képező szabályozás esetében, mivel az UWG 9a. cikke (1) bekezdésének 1. pontja elsődlegesen és közvetlenül a fogyasztóvédelem célját szolgálja.

24. Az alapeljárás alperesének álláspontja szerint továbbá az UWG 9a. cikke (1) bekezdésének 1. pontja szerinti tilalom nem egyeztethető össze az irányelv szabályozási koncepciójával, mivel noha a kiegészítő kedvezmények révén történő eladásösztönzés nem szerepel a minden körülmény között tisztességtelennek minősülő kereskedelmi gyakorlatoknak a 2005/29 irányelv I. mellékletében foglalt felsorolásában, az az osztrák jog által elrendelt általános tilalom hatálya alá tartozik, amint azt az Oberster Gerichtshof az előzetes döntéshozatalra utaló határozatában megállapította.

25. A *német kormány* a tárgyaláson a C-304/08. sz. Plus-ügyre hivatkozva azzal érvelt, hogy a 2005/29 irányelvvel megvalósítani szándékozott teljes harmonizáció ellenére az átültetés vonatkozásában a tagállamok számára biztosított mérlegelési mozgástér sértetlen marad. Különösen igaz ez a tartalommal kitöltendő – a 2005/29 irányelv jogi fogalom-meghatározásaiban szereplő – fogalmak nemzeti jogba történő átültetésére. A német kormány továbbá azon az álláspontón volt, hogy a 2005/29 irányelvvel akkor nem ellentétes a nemzeti szabályozás, ha ez utóbbi az irányelvétől eltérő célt szolgál.

26. A *Bizottság* ezzel szemben sajátos jogi álláspontot képvisel azzal, hogy egyrészt kifejti, hogy a 2005/29 irányelvvel ellentétes az olyan általános és elvont tilalom, mint amelyet a vita tárgyát képező jogszabály tartalmaz, másrészt viszont arra a következtetésre jut, hogy e jogszabály nem tartozik az irányelv hatálya alá, mivel az elsődlegesen egyéb célokat, nevezetesen a sajtó sokszínűségének a

fenntartását szolgálja, és csak csekély mértékben szolgálja a fogyasztóvédelmet, valamint a tisztességes kereskedelmi gyakorlatokat.

29. Az *alapeljárás felperese* annak megállapítására szorítkozik, hogy az alapeljárás alperesének a vita tárgyát képező eljárása tisztességtelen kereskedelmi gyakorlatnak minősül, nem ismerteti azonban az e megállapítást alátámasztó bizonyítékokat.

B – *Az előzetes döntéshozatalra előterjesztett második kérdésről*

30. A *Bizottság* véleménye szerint önmagában az a körülmény, hogy a fogyasztó számára a nyereményjátékban való részvétel a lap megvásárlásának döntő indoka, nem enged a 2005/29 irányelv értelmében vett tisztességtelen kereskedelmi gyakorlatra következtetni, hanem az csak a nemzeti bíró által az egyedi értékelés során figyelembe vehető tényezők egyikét jelenti.

27. Arra az esetre, ha a Bíróság az előzetes döntéshozatalra előterjesztett első kérdésre igenlő választ ad, a kérdést előterjesztő bíróság azt kérdezi, hogy a kiegészítő kedvezmények alkalmazása melletti értékesítés önmagában már azért is tisztességtelen kereskedelmi gyakorlatnak minősül-e a 2005/29 irányelv 5. cikkének (2) bekezdése értelmében, mert ez a részvételi lehetőség az érintett kör legalábbis egy része számára ugyan nem az egyetlen, de minden bizonnyal döntő indoka a főtermék megvételének.

31. Az *alapeljárás alperese* a maga részéről kiemeli, hogy a kereskedelmi gyakorlat fogalma a Bíróság ítélkezési gyakorlatában „szokásosan tájékozott, ésszerűen figyelmes és körültekintő átlagos fogyasztóként" jellemzett átlagfogyasztóra utal. Az így jellemzett fogyasztó tudatában van annak, hogy a reklám és az eladásösztönzés a szabad piacgazdaságban ügyfélszerzésre irányul, mégpedig nem csupán a termék ára és minősége, hanem további előnyök kilátásba helyezése révén is. Ennélfogva a kiegészítő kedvezmények alkalmazása melletti értékesítés tisztességtelen kereskedelmi gyakorlatnak minősülhet akkor, ha az ajánlat úgy van kialakítva, hogy az alkalmas a fogyasztót arra ösztönözni, hogy a főterméket például ne objektív megfontolások alapján, hanem kizárólag valamely járulékos előny reményében vásárolja meg.

28. Mivel az előzetes döntéshozatalra előterjesztett első kérdésre mind az *osztrák*, mind a *belga kormány* nemleges választ adott, az előzetes döntéshozatalra előterjesztett második kérdés kapcsán nem foglalnak állást, míg az *alapeljárás felperese* és a *Bizottság* a célszerűség kedvéért érveléseket terjesztenek elő azzal összefüggésben.

VI — Jogi értékelés

A – *Bevezető megjegyzések*

32. A jelen ügy már a harmadik azon kérelmek sorában, amelyekkel nemzeti bíróságok arra vonatkozóan kérnek felvilágosítást a Bíróságtól, hogy a kapcsolt ajánlatok tagállami tilalma mennyiben tekinthető még éppen összeegyeztethetőnek a közösségi joggal annak jelen állása szerint. E kérdésfelvetés relevanciája nem utolsósorban abból a körülményből fakad, hogy az Európai Parlament és a Tanács által 2005. május 11-én elfogadott 2005/29 irányelv a fogyasztókkal szemben alkalmazott tisztességtelen kereskedelmi gyakorlatok szabályozására vonatkozó egységes szabályozási keret megteremtésére irányul.

33. A vállalkozásoknak a fogyasztókkal szemben alkalmazott kereskedelmi gyakorlataira vonatkozó szabályok vonatkozásában a 2005/29 irányelv által a Közösség tagállamaiban célul tűzött teljes harmonizációra[7] tekintettel nem csupán az irányelv átültetésének céljából újonnan elfogadott tagállami rendelkezések, hanem azon rendelkezések közösségi joggal való összhangját is vizsgálni kell, amelyek ugyan – miként az UWG vita tárgyát képező 9a. §-ának (1) bekezdése – már az irányelv elfogadása előtt hatályban voltak, de az adott tagállam szempontjából az átültetéssel összefüggő rendeltetéssel bírnak.

34. A teljes harmonizáció által a tagállamoknak az irányelv átültetése során rendszerint biztosított szűk mérlegelési jogkörre tekintettel az ilyen régebbi rendelkezések hatályban tartása jogi szempontból nem mindig bizonyul problémamentesnek. Jóllehet ugyanis ezek végeredményben az adott irányelv hatálya alá tartoznak, gyakran nem felelnek meg az irányelv előírásainak. Amint azt a VTB-VAB és Galatea egyesített ügyek, valamint a Plus-ügy megmutatták, ez volt a helyzet a 2005/29 irányelv belgiumi[8] és németországi[9] átültetése esetében.

7 – Lásd a 4. lábjegyzetben hivatkozott VTB-VAB és Galatea egyesített ügyekben hozott ítélet 52. pontját, valamint az 5. lábjegyzetben hivatkozott Plus-ügyben hozott ítélet 41. pontját.
A tisztességtelen kereskedelmi gyakorlatokra és a szerződésekre vonatkozó jog esetleges kimerítőbb európai uniós harmonizációja esetén a „Draft Common Frame of Reference" (DCFR) előírásait is megfelelően figyelembe kell venni, mivel annak egyik súlypontja éppen a fogyasztóvédelemben rejlik, például annak révén, hogy a vállalkozásra különleges tájékoztatási kötelezettséget ró a fogyasztóval szemben a megvásárolt áruk és szolgáltatások lényeges jellemzői tekintetében (lásd például II.-3:102. DCFR). E „jó kereskedelmi gyakorlatok" bizonyos fokig ellentétben állnak a 2005/29 irányelv I. mellékletében felsorolt „tiltott kereskedelmi gyakorlatokkal".

8 – A kérdéses rendelkezések a kereskedelemi gyakorlatokról, valamint a fogyasztók tájékoztatásáról és védelméről szóló, 1991. július 14-i belga törvény (hivatalos német fordítás: a *Belgisches Staatsblatt* 1994. január 19-i száma) 54. és azt követő cikkei voltak.

9 – Ebben az esetben a tisztességtelen verseny elleni harcról szóló – legutóbb a 2008. december 22-i, első módosító törvény (Erstes Änderungsgesetz, BGBl. I, 2949. o.) 1. cikkével módosított – német törvény (Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, UWG, BGBl. I, 1414. o.) 3. §-áról és 4. §-ának 6. pontjáról volt szó.

35. A 2005/29 irányelv 20. cikke szerint már az *Európai Unió Hivatalos Lapjában* való kihirdetését követő napon hatályba lépett, azaz 2005. június 12-én. A 19. cikkének (1) bekezdése szerint a tagállamoknak az irányelvet a szükséges törvényi, rendeleti és közigazgatási rendelkezések elfogadása útján 2007. június 12-ig kellett átültetniük a nemzeti jogba, bizonyos szigorúbb nemzeti szabályok tekintetében ugyanakkor rendelkezésükre állt egy további hatéves átmeneti időszak. E törvényi, rendeleti és közigazgatási rendelkezéseket mindazonáltal csak 2007. december 12-től kellett alkalmazni.

36. Az Osztrák Köztársaság ezt az átültetési kötelezettséget formálisan a tisztességtelen piaci magatartás tilalmáról szóló, 1984. évi szövetségi törvényt – az UWG-t – módosító, 2007. december 12-én hatályba lépett szövetségi törvény (a továbbiakban: 2007. évi UWG-átdolgozás)[10] elfogadásával teljesítette. Az UWG 9a. §-a (1) bekezdésének 1. pontjában foglalt – a vita tárgyát képező – rendelkezést mindazonáltal, mint már utaltam rá, nem a 2005/29 irányelv átültetése céljából fogadták el, hanem az korábbi nemzeti jogalkotási termék[11]. A kérdést előterjesztő bíróság az előzetes döntéshozatalra utaló határozatában kétségeinek ad hangot e rendelkezésnek a közösségi joggal való összeegyeztethetőségét illetően[12].

10 – BGBl. I, 79/2007. sz.

11 – A kiegészítő kedvezményeknek az UWG 9a. §-ában foglalt – eredetileg a bónuszokról szóló, 1929. június 20-i törvényben (Prämiengesetz, BGBl. 227.), később pedig a kiegészítő kedvezményekről szóló, 1934. évi törvényben (Zugabengesetz) szabályozott – tilalmát a versennyel összefüggő dereguláció1ról szóló, 1992. évi törvény (Wettbewerbs-Deregulierungsgesetz, BGBl. 1992/147.) illesztette az UWB-be. E rendelkezés keletkezéstörténetéhez lásd Duursma, D., in: *UWG – Kommentar* (kiadja: Maximilian Gumpoldsberger/Peter Baumann), Bécs 2006., 9a. §, 1. pont, 276. o. és Wiltschek, L., *UWG – Kommentar*, 2. kiadás, Bécs 2007., 9a. §, 44. o.

12 – Lásd többek között az előzetes döntéshozatalra utaló határozat 9. és 10. oldalát.

B – *Az előzetes döntéshozatalra előterjesztett első kérdésről*

37. Mindenekelőtt emlékeztetni kell arra, hogy a Bíróság az EK 234. cikk alapján megindult eljárásban nem jogosult egy nemzeti intézkedésnek a közösségi joggal való összeegyeztethetőségéről dönteni. Mindazonáltal minden olyan tanácsot megadhat a kérdést előterjesztő bíróság számára a közösségi jog értelmezéséhez, ami lehetővé teszi számára, hogy az összeegyeztethetőség kérdését az előtte folyamatban lévő eljárás eldöntésénél megítélje[13].

38. Az előzetes döntéshozatalra előterjesztett első kérdés annak megállapítására irányul, hogy a 2005/29 irányelvvel ellentétes-e az olyan nemzeti rendelkezés, mint az UWG 9a. §-a (1) bekezdésének 1. pontja. E célból azt kell megvizsgálni, hogy e rendelkezés szabályozási tárgyát tekintve a 2005/29 irányelv tárgyi és személyi hatálya alá tartozik-e. Egy további lépésben azt kell megvizsgálni, hogy úgy kell-e értelmezni a 2005/29 irányelvet, hogy annak hatálya az e rendelkezés megsértése esetére az osztrák jog által előírt jogkövetkezményekre is kiterjed.

13 – Lásd többek között a 6/64. sz. Costa-ügyben 1964. július 15-én hozott ítéletet (EBHT 1964., 1251., 1268. o.), a C-17/00. sz. De Coster-ügyben 2001. november 29-én hozott ítélet (EBHT 2001., I-9445. o.) 23. pontját és a C-265/01. sz., Pansard és társai ügyben 2003. január 16-án hozott ítélet (EBHT 2003., I-683. o.) 18. pontját.

1. A „kereskedelmi gyakorlat” fogalma a 2005/29 irányelv 2. cikkének d) pontjában

39. A kérdést előterjesztő bíróság tájékoztatása szerint az UWG 9a. §-a (1) bekezdésének 1. pontja tiltja azt, hogy az üzleti vállalkozások a fogyasztók számára áruk vagy szolgáltatások mellé ingyenes kiegészítő kedvezményeket hirdessenek meg. Ennélfogva a kapcsolt ajánlatokra vonatkozó tilalom fennállásából kell kiindulni.

40. E tilalomnak ezenfelül a 2005/29 irányelv 2. cikke d) pontjának értelmében vett kereskedelmi gyakorlatokra kellene kiterjednie. E rendelkezés különösen tág megfogalmazást alkalmazva[14] a kereskedelmi gyakorlat fogalmát úgy határozza meg, hogy e fogalomba tartozik „a kereskedő által kifejtett tevékenység, mulasztás, magatartási forma vagy megjelenítési mód, illetve kereskedelmi kommunikáció – beleértve a reklámot és a marketinget is –, amely közvetlen kapcsolatban áll valamely terméknek a fogyasztó részére történő eladásösztönzésével, értékesítésével vagy szolgáltatásával”.

14 – Lásd a 4. lábjegyzetben hivatkozott VTB-VAB és Galatea egyesített ügyekben hozott ítélet 49. pontját és az 5. lábjegyzetben hivatkozott Plus-ügyben hozott ítélet 36. és 39. pontját. Lásd Keirsbilck, B., „Towards a single regulatory framework of unfair commercial practices?”, *European business law review*, 4/2009., 505. o., akinek véleménye szerint a 2005/29 irányelv rendkívül tág hatályával tűnik ki.

41. Amint a C-261/07. és C-299/07. sz., VTB-VAB és Galatea egyesített ügyekben ismertetett indítványomban részletesen kifejtettem[15], és amint a Bíróság az ezen ügyekben hozott ítéletben megerősítette[16], a kapcsolt ajánlatok olyan kereskedelmi tevékenységnek minősülnek, amelyek nyilvánvalóan a piaci szereplő kereskedelmi stratégiájába illeszkednek, és közvetlenül a piaci szereplő részéről történő eladásösztönzést és eladásainak növelését célozzák. Ebből következően a kapcsolt ajánlatok a 2005/29 irányelv 2. cikkének d) pontja értelmében kereskedelmi gyakorlatoknak minősülnek, és így a kapcsolt ajánlat vonatkozásában az UWG 9a. §-a (1) bekezdésének 1. pontjában előírt tilalom a 2005/29 irányelv tárgyi hatálya alá tartozik[17].

2. A 2005/29 irányelv személyi hatálya

42. Az arra a kérdésre adott válasz, hogy az UWG 9a. §-a (1) bekezdésének 1. pontja szerinti, szóban forgó nemzeti szabályozás az irányelv személyi hatálya alá tartozik-e, attól függ, hogy az irányelvhez hasonlóan az UWG is a fogyasztók védelmét célozza-e.

15 – Lásd a VTB-VAB és Galatea egyesített ügyekben 2008. október 21-én ismertetett indítványom (az ezen ügyekben hozott ítéletre a 4. lábjegyzet hivatkozik) 68–70. pontját.

16 – A 4. lábjegyzetben hivatkozott VTB-VAB és Galatea egyesített ügyekben hozott ítélet 48. és 50. pontja. Egy promóciós akcióval összefüggésben, amely a sorsoláson való ingyenes részvételt bizonyos mennyiségű áru megvételétől vagy szolgáltatás igénybevételétől tette függővé, lásd az 5. lábjegyzetben hivatkozott Plus-ügyben hozott ítélet 37. pontját.

17 – Ugyanebben az értelemben Heidinger, R., „Zugabenverbot, quo vadis?”, *Medien und Recht*, 1/2009., 45. o., amely szerint a 2005/29 irányelv hatálya érintett, mivel a kiegészítő kedvezmények vonatkozásában az UWG 9a. §-ában előírt tilalmat a fogyasztókkal szembeni tisztességtelen kereskedelmi gyakorlatokra vonatkozó szabályozásnak kell minősíteni.

a) A 2005/29 irányelv által lefedett terület

43. Az irányelv ugyanis főszabály szerint a B2C területét (business to consumer), azaz, a vállalkozások és fogyasztók közötti kapcsolatokat szabályozza. Ez egyrészt a 3. cikk (1) bekezdéséből következik, amely értelmében ezt az irányelvet *az üzleti vállalkozásoknak* a termékhez kapcsolódó kereskedelmi ügylet lebonyolítását megelőzően és azt követően, valamint a lebonyolítás során, *a fogyasztókkal szemben* folytatott tisztességtelen kereskedelmi gyakorlatára kell alkalmazni. Különös hangsúlyt kap ez az összefüggés a (8) preambulumbekezdésben, amely szerint az irányelv *közvetlenül csak a fogyasztó gazdasági érdekeit* védi az üzleti vállalkozásoknak a fogyasztókkal szemben folytatott tisztességtelen kereskedelmi gyakorlataitól[18].

44. Mindazonáltal tévesnek tartom azt a feltevést, hogy az irányelv ezért a jogszerűen kereskedő versenytársak gazdasági érdekeit kevésbé védendőnek tartaná.[19]. Erre utoljára a C-304/08. sz. Plus-ügyben 2009. szeptember 3-án ismertetett indítványomban az osztrák kormány ezzel kapcsolatos érvére tekintettel utaltam[20]. Amint ugyanis a (8) preambulumbekezdéséből egyértelműen kitűnik, az irányelv közvetetten védi a *jogszerűen eljáró üzleti vállalkozásokat is* az ezen irányelvet be nem tartó *versenytársaiktól*. Ennek normatív kifejeződése az irányelv 11. cikkének (1) bekezdése, amelyből a tagállamok azon kötelezettsége fakad, hogy a versenytársaknak is biztosítsák a kereshetőségi jogot az irányelvvel összeegyeztethetetlen magatartás esetében annak érdekében, hogy ezek a tisztességtelen kereskedelmi gyakorlatokkal szemben bírósági eljárást kezdeményezhessenek.

45. Központi jelentőséggel bír a (6) preambulumbekezdésben foglalt kijelentés, miszerint a 2005/29 irányelv közelíti a tagál-

18 – Ugyanígy Hoeren, T., „Das neue UWG – der Regierungsentwurf im Überblick", *Betriebs-Berater*, 2008., 1183. o.; 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., 166. o.

19 – Ugyanebben az értelemben Koppensteiner, H.-G., „Grundfragen des UWG im Lichte der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken", *Wirtschaftsrechtliche Blätter*, 2006., 12. füzet, 558. o., akinek véleménye szerint elhibázott lenne a 2005/29 irányelvet a vállalkozások közötti viszonyban minden jelentőségtől megfosztani. A szerző az érvelését a (6) és (8) preambulumbekezdésre alapítja, amelyekből kitűnik, hogy a jogszerűen kereskedő versenytársak gazdasági érdekei közvetett védelmét élveznek, és szintén támaszkodik az irányelv 11. cikkének (1) bekezdésére, amely értelmében a tagállamok a versenytársaknak is kötelesek biztosítani a kereshetőségi jogot az irányelvvel összeegyeztethetetlen magatartás esetében. Uő., „Das UWG nach der Novelle 2007", *Die Europäisierung des Kartell- und Lauterkeitsrechts*, Tübingen 2009., 86. o., 8. lábjegyzet, utal arra, hogy a 2005/29 irányelv közvetetten a versenytársakat is védelemben részesíti.

20 – Lásd a C-304/08. sz. Plus-ügyben 2009. szeptember 3-án ismertetett indítványom 35. és 64. pontját.

lamoknak a fogyasztók gazdasági érdekeit *közvetlenül* sértő és ezáltal a jogszerűen eljáró versenytársak gazdasági érdekeit is *közvetett módon* sértő tisztességtelen kereskedelmi gyakorlatokra vonatkozó jogszabályait. Az irányelv ily módon tekintetbe veszi azt a körülményt, hogy a fogyasztók és a versenytársak érdekei nem minden esetben határolhatók el egymástól világosan, mivel nagyon gyakran átfedik egymást[21]. A vállalkozói kereskedelmi gyakorlatok nagy része mind a fogyasztók, mind a versenytársak érdekeire hatást gyakorol. A közösségi jogalkotó e szoros összefüggés ismeretében úgy határozott, hogy a fogyasztóvédelmi érdekeknek egy tulajdonképpeni versenypolitikai szabályozás – mint amilyen a 2005/29 irányelvben foglalt – útján szerez érvényt[22]. Az irányelvnek a belső piac működési feltételeivel összefüggő versenypolitikai orientációja és az európai fogyasztó általános érdekeivel összefüggő normatív védelmi irányultsága között nem áll fenn módszeres ellentét[23]. Így például a kereshetőségi

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., 194. o., helyesen utal arra, hogy a 2005/29 irányelv fogyasztóvédelmi irányultsága ellenére elismeri annak tényét, hogy a fogyasztók és a versenytársak érdekei a tisztességtelen kereskedelmi gyakorlatok tekintetében egybevágnak, és hogy a fogyasztók és a versenytársak közös érdeke, hogy valamennyi vállalkozás betartsa a szabályokat. Büllesbach, E., *Auslegung der irreführenden Geschäftspraktiken des Anhangs I der* Richtlinie 2005/29/EG *über unlautere Geschäftspraktiken*, München 2008., 16. o., arra utal, hogy a vállalkozói kereskedelmi gyakorlatok nagy része mind a fogyasztók, mind a versenytársak érdekeire hatást gyakorol. Ezért annak érdekében, hogy a kereskedelmi tevékenységnek a tisztességtelen kereskedelmi gyakorlatokra vonatkozó jog alapján elvégzett értékelése során megfelelő eredményekre jussunk, valamennyi érintett érdekeit egyformán figyelembe vevő, többdimenziós megközelítésre van szükség. Azt, hogy a versenytársak és a fogyasztók védelme rendszerint „ugyanazon érme két oldala", jól mutatja például a megtévesztő reklám esete, amely nem csupán a fogyasztók, hanem a versenytársak gazdasági érdekeit is érinti, amennyiben ez az utóbbiak üzleti lehetőségeit károsan befolyásolja. Ugyanez vonatkozik a lejáratásra, amely egyrészt árt a jogtalanul kritizált személynek, másrészt meghamisítja a félretájékoztatott fogyasztó döntési alapját. Bargelli, E., „L'àmbito di applicazione della direttiva 2005/29/CE: La nozione di pratica commerciale", *Le pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori*, Torino 2007., 80. o., a fogyasztói és versenytársi érdekek elhatárolásának nehézségére utal. Schuhmacher, W., „The Unfair Commercial Practices Directive", *Law Against Unfair Competition – Towards a New Paradigm in Europe* (kiadja: Reto M. Hilty/Frauke Henning-Bodewig), Berlin/Heidelberg 2007., 132. o., véleménye szerint a 2005/29 irányelv egyértelműen megmutatja, hogy vannak olyan versenyjogi helyzetek, amelyekben a versenytársak és a fogyasztók védelme egymástól nem választható el.

22 – Gamerith, H., „Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken: bisherige rechtspolitische Überlegungen zu einer Neugestaltung des österreichischen UWG", *Lauterkeitsrecht im Umbruch*, 2005., 157. o., egyenesen azt az álláspontot képviseli, hogy a 2005/29 irányelv a szabályozási területén nem igazán határolja el egymástól a fogyasztói és versenytársi érdekeket, hanem egy „hiányos B2B+B2C-rendszert" tartalmaz, ami az irányelvnek az osztrák UWG-beli átültetése mellett szól.

23 – Ugyanebben az értelemben 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., 7. füzet, 716. o. Szintén lásd Falce, V./Ghidini, G., „The new regime on unfair commercial practices at the intersection of consumer protection", *Competition law and unfair competition, Antitrust between EC law and national law*, 2009., 374. o., akik kifejtik, hogy a közösségi jogalkotó a 2005/29 irányelvvel abból indul ki, hogy csak a belső piaci szabad verseny képes biztosítani a fogyasztó döntési szabadságát.

jognak az irányelv 11. cikkének (1) bekezdésében előírt biztosítása, ami az érintett versenytársat a tisztességtelenül eljáró versenytársakkal szemben abbahagyásra irányuló kérelem benyújtására jogosítja fel, mindenképpen a fogyasztóvédelem javára szolgálhat[24].

46. Az irányelv a hatályának jobb körülhatárolása céljából ennek ellenére világos különbséget tesz egyfelől a mind a fogyasztókat, mind a versenytársakat károsító, másfelől a két személyi kör közül csak az egyik érdekeit sértő kereskedelmi gyakorlatok között. Így a (8) preambulumbekezdés rögzíti, hogy természetesen létezhetnek más kereskedelmi gyakorlatok, amelyek a fogyasztókat ugyan nem károsítják, de a versenytársakat és az üzleti vállalkozásokat mint ügyfeleket károsíthatják.

47. Amint azt a Bíróság a Plus-ügyben 2010. január 14-én hozott ítéletben megállapította, e második eset nem tartozik az irányelv hatálya alá[25], mivel az a (6) preambulumbekezdés tanúsága szerint nem vonatkozik a *kizárólag* a versenytársak gazdasági érdekeit sértő vagy a kereskedők közötti ügyletekhez kapcsolódó tisztességtelen kereskedelmi gyakorlatokról szóló nemzeti jogszabályokra, és nem is érinti azokat. A „kizárólagos" szó jelentéstani szempontból – amint az a 2005/29 irányelv néhány nyelvi változatának összehasonlításából is kitűnik[26] – jellemzően kizárólagosságot jelent. A (6) preambulumbekezdés ennek

24 – Ugyanígy Gamerith, H., a 22. lábjegyzetben hivatkozott mű, 157. o., akinek véleménye szerint az érintett versenytárs által a tisztességtelenül eljáró versenytársakkal szemben benyújtott abbahagyásra irányuló kérelmek fokozzák a fogyasztóvédelmet annyiban, amennyiben azokról a tilalmakról van szó, amelyek a fogyasztó döntési szabadságára megtévesztés, lerohanás, elcsábítás, nyomásgyakorlás stb. útján gyakorolt tisztességtelen befolyás ellen irányulnak.

25 – Lásd az 5. lábjegyzetben hivatkozott Plus-ügyben hozott ítélet 39. pontját. Lásd Micklitz, H.-W., „Full Harmonization of Unfair Commercial Practices Under Directive 2005/29", *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, 2009., 4. füzet, 373. o., akinek véleménye szerint a 2009/25 irányelv a B2B-viszonyokra annyiban alkalmazandó, amennyiben két feltétel teljesül: a kérdéses kereskedelmi gyakorlat közvetlenül a fogyasztók érdekeit, közvetetten pedig a versenytársak érdekeit érinti. A szerző attól tart, hogy az irányelv hatályának e korlátozása új védekezési stratégiákat hívhat életre. Így a vállalkozások megkísérelhetik azt állítani, hogy kereskedelmi gyakorlataik kizárólag B2B-viszonyokat érintenek.

26 – Németül: „lediglich"; dánul: „udelukkende"; angolul: „only"; franciául: „uniquement"; olaszul: „unicamente"; hollandul: „alleen"; portugálul: „apenas"; szlovénül: „samo"; spanyolul: „sólo".

megfelelően azt is rögzíti, hogy a tagállamok – amennyiben úgy kívánják – a szubszidiaritás elvének teljes körű figyelembevételével és a közösségi joggal összhangban továbbra is maguk szabályozhatják ezeket a gyakorlatokat.

b) Az UWG 9a. §-a (1) bekezdésének 1. pontjában foglalt tilalom védelmi célja

i) Az egyes védett jogtárgyak eltérő súlyozásáról

48. Ezért felmerül a kérdés, hogy a kapcsolt ajánlat vonatkozásában az UWG 9a. §-a (1) bekezdésének 1. pontjában előírt – a vita tárgyát képező – tilalom esetében olyan nemzeti szabályról van-e szó, amely *kizárólag* a versenytársak gazdasági érdekeit sértő kereskedelmi gyakorlatnak kívánja útját állni. A kérdést előterjesztő bíróság[27] és az osztrák kormány[28] e tekintetben arra hivatkoznak, hogy a kapcsolt ajánlat vonatkozásában az UWG 9a. §-a (1) bekezdésének 1. pontjában előírt – a vita tárgyát képező – tilalom egy további, az irányelv által célzott fogyasztóvédelmen túlmutató jogalkotói céllal is bír.

49. A tilalom ugyanis a fogyasztóvédelem mellett a működő verseny fenntartását és a sajtó sokszínűségének a védelmét is szolgálja. Annak megakadályozása révén, hogy a versenytársak egymást további kiegészítő kedvezményekkel kölcsönösen túllicitálják, főleg az olyan versenytársakat kívánják megvédeni, akik csekély gazdasági eszközeik miatt nincsenek abban a helyzetben, hogy termékeik forgalmát ingyenes kiegészítő kedvezményekkel növeljék. E védelem a sajtó a demokratikus társadalmakban véleményformáló tényezőként betöltött szerepének a jelentőségére tekintettel igazolt. Az osztrák kormány erre már az e tilalomnak az áruk szabad mozgásával való összeegyeztethetőségét tárgyaló C-368/95. sz. Familiapress-ügyben[29] is hivatkozott, és ezt a Bíróság az ezen alapvető szabadság korlátozását főszabály szerint igazoló jogos jogalkotói célként nem is vonta kétségbe.

50. Mindazonáltal meg kell állapítani, hogy az UWG egyes védett jogtárgyainak súlyozásával kapcsolatos megítélések a részleteket illetően megoszlanak.

27 – Lásd az előzetes döntéshozatalra utaló határozat 10–12. oldalát.

28 – Lásd az osztrák kormány írásbeli észrevételeinek 4. és 5. oldalát.

29 – A C-368/95. sz. Familiapress-ügyben 1997. június 26-án hozott ítélet (EBHT 1997., I-3689. o.).

51. A kérdést előterjesztő bíróság véleménye szerint az UWG 9a. §-a (1) bekezdésének 1. pontja – az osztrák jogalkotó vélt értékelésének megfelelően – nem túlnyomórészt fogyasztóvédelmi célokat szolgál, hanem „legalább ugyanolyan módon" a versenytársak védelmét és a működő piaci viszonyok fenntartását is célozza[30]. Ezt az osztrák kormány kifejezetten vitatja, és a maga részéről arra hivatkozik, hogy a kapcsolt ajánlatok tilalma „elsődlegesen" a sajtóágazatban működő verseny védelmét szolgálja[31], az e jogi álláspontot alátámasztó meggyőző bizonyítékokat azonban nem terjeszt elő, főként hogy egy folyóirat nyereményjátékkal való alapesetbeli összekapcsolására vonatkozó fejtegetéseiben ismételten óva int a fogyasztó játékszenvedélyének kihasználása révén megvalósuló tiltott befolyásolás veszélyétől[32]. Véleményem szerint aligha merülhet fel kétség azt illetően, hogy az osztrák kormány által ebben kifejezésre juttatott aggodalom elsősorban fogyasztóvédelmi jogi háttérrel bír.

52. Ezekkel a nemzeti jog értelmezésére vonatkozó eltérő kijelentésekkel kapcsolatban a következőket kell leszögezni.

53. Egyrészt emlékeztetni kell arra, hogy az EK 234. cikk szerinti eljárás a Bíróság és a nemzeti bíróságok közötti együttműködésen alapszik, amely során nem a Bíróság feladata a nemzeti rendelkezések értelmezése, és annak eldöntése sem, hogy e rendelkezéseket a kérdést előterjesztő bíróság helyesen értelmezte-e[33]. A Bíróság feladata inkább az, hogy a közösségi és nemzeti bíróságok közötti hatáskörmegosztás keretei között az előzetes döntéshozatalra utaló határozatban foglalt kérdések ténybeli és jogi hátterét illetően a kérdést előterjesztő bíróság megállapításait perjogi szempontból főszabály szerint figyelembe vegye[34].

54. Másrészt ezen eltérő értékelés anyagi jogi szempontból végeredményben irrelevánsnak bizonyul, mivel semmiképpen sem vitatott, hogy az UWG 9a. §-a (1) bekezdésének 1. pontjában foglalt szabályozás nem az irányelv (6) preambulumbekezdése értelmében vett, *kizárólag* a versenytársak gazdasági érdekeit sértő vagy a kereskedők közötti ügyletekhez kapcsolódó tisztességtelen kereskedelmi gyakorlatok megakadályozására irányul. Ellenkezőleg, egyetértés van abban, hogy

30 – Lásd az előzetes döntéshozatalra utaló határozat 10–12. oldalát.

31 – Lásd az osztrák kormány írásbeli észrevételeinek 4. oldalán szereplő 11. pontot.

32 – Ennyiben érvelésbeli hasonlóság áll fenn a német kormány által a promóciós vagy nyereményjátékokkal összefüggő kapcsolt ajánlatokat tiltó nemzeti szabályozás (a német UWG 4. §-a 6. pontjának) összeegyeztethetőségével kapcsolatos C-304/08. sz. Plus-ügyben kifejtett állásponttal. E tilalom indokát elsősorban fogyasztóvédelmi jogi megfontolások képezték. A német kormány érvelésével kapcsolatban lásd az ezen ügyben 2009. szeptember 3-án ismertetett indítványomat, különösen annak 93. és 107. pontját.

33 – Lásd ebben az értelemben a C-58/98. sz. Corsten-ügyben 2000. október 3-án hozott ítélet (EBHT 2000., I-7919. o.) 24. pontját, valamint a C-482/01. és C-493/01. sz., Orfanopoulos és Oliveri egyesített ügyekben 2004. április 29-én hozott ítélet (EBHT 2004., I-5257. o.) 42. pontját.

34 – Lásd a C-475/99. sz. Ambulanz Glöckner ügyben 2001. október 25-én hozott ítélet (EBHT 2001., I-8089. o.) 10. pontját, a C-153/02. sz. Neri-ügyben 2003. november 13-án hozott ítélet (EBHT 2003., I-13555. o.) 34. és 35. pontját, a 33. lábjegyzetben hivatkozott Orfanopoulos és Oliveri egyesített ügyekben hozott ítélet 42. pontját, valamint a C-267/03. sz. Lindberg-ügyben 2005. április 21-én hozott ítélet (EBHT 2005., I-3247. o.) 41. és 42. pontját.

az UWG 9a. §-a (1) bekezdésének 1. pontja – szabályozási céljánál fogva – a minden esetben a B2C területére hatást gyakorló tisztességtelen kereskedelmi gyakorlatokat tiltja. Az UWG 9a. §-a (1) bekezdésének 1. pontjában foglalt szabályozás ennélfogva mindenképpen még a 2005/29 irányelv szabályozási területére tartozik anélkül, hogy jelentőséggel bírna, hogy e kapcsolt ajánlatokra vonatkozó tilalom elsődlegesen egy meghatározott jogtárgy védelmét, a fogyasztó, a versenytársak vagy a köz – például a sajtó sokszínűségének fenntartásához fűződő – érdekeinek a védelmét szolgálja-e. Ennyiben a jelen előzetes döntéshozatali eljárás céljai szempontjából jogi tekintetben nyitva hagyható a kérdés, hogy a vita tárgyát képező nemzeti szabályozás az osztrák kormány által előadottakon túl a sajtó sokszínűségének fenntartását is szolgálja-e, és ha igen, milyen mértékben.

ii) A releváns nemzeti rendelkezések és ítélkezési gyakorlat vizsgálata

55. Tekintettel annak szükségességére, hogy a kérdést előterjesztő bíróság hasznos választ kapjon az előzetes döntéshozatalra előterjesztett kérdéseire[35], és egyúttal megfelelve a főtanácsnokot az EK 222. cikk alapján terhelő kötelezettségnek, hogy teljesen pártatlanul és függetlenül eljárva, indokolással ellátott indítványt terjesszen elő[36], a biztonság kedvéért utalok arra, hogy az érintett szabályozások – ideértve az UWG előkészítő anyagait – vizsgálatából kitűnik, hogy az osztrák jogalkotó számára a fogyasztóvédelemnek legalább ugyanolyan fontosnak kellett lennie, mint a versenytársak védelmének. Így a 2007. évi UWG-átdolgozásra vonatkozó kormányzati törvényjavaslathoz kapcsolódó magyarázatokból[37] kiderül, hogy az UWG a B2B területét lényegében nem szabályozza a B2C területétől eltérően, mivel a versenytársak és a fogyasztók védelme az osztrák

35 – A Bíróság a 244/78. sz. Union Laitière Normande ügyben 1979. július 12-én hozott ítélet (EBHT 1979., 2663. o.) 5. pontjában kifejtette, hogy jóllehet az EK 234. cikk nem teszi lehetővé számára az előzetes döntéshozatal iránti kérelem indokainak értékelését, a közösségi jog hasznos értelmezésének szükségessége azonban megkövetelheti azon jogi keretek körvonalazását, amelyekbe a kért értelmezésnek illeszkednie kell. Lenaerts, K./Arts, A./Maselis, I., *Procedural Law of the European Union*, 2. kiadás, 188. o., 6-021. pont, véleménye szerint semmi sem gátolja a Bíróságot abban, hogy az alapeljárás tényeivel és a nemzeti jog néhány vonatkozásával kapcsolatos felfogását mint az alkalmazandó közösségi jogi rendelkezések és elvek hasznos értelmezésének kiindulópontját felvázolja.

36 – Ruiz-Jarabo Colomer főtanácsnok, „La función del Abogado del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas", *Problèmes d'interprétation*, Brüsszel 2004., 334. és azt követő oldal, véleménye szerint az indítványoknak a bírák számára a tanácskozások alapjául kell szolgálniuk. Azoknak főszabály szerint az eljárás során felmerülő valamennyi jogkérdésre választ kell adniuk, minek kapcsán a Bíróság eddigi ítélkezési gyakorlatát alaposan meg kell vizsgálni. A főtanácsnok a jogtudománynak a jogkérdések vizsgálatában betöltött növekvő jelentőségét is hangsúlyozza.

37 – A *Recht und Wettbewerb* című folyóirat 53. évfolyama 2007. decemberi 170. számának 13. oldalán közzétett „A tisztességtelen piaci magatartás tilalmáról szóló, 1984. évi szövetségi törvény (UWG) módosításáról szóló szövetségi törvényre vonatkozó kormányzati törvényjavaslathoz (2007. évi UWG-átdolgozás) kapcsolódó magyarázatok" szerint: „A tervezet – mint már a hatályos UWG – a B2B területét lényegében nem szabályozza a B2C területétől eltérően, mert a versenytársak és a fogyasztók védelme egymástól nem különíthető el."

jogalkotó véleménye szerint „egymástól nem különíthető el”.

56. Ez megfelel a jogirodalomban uralkodó álláspontnak, amely nem utolsósorban ezért tekinti úgy, hogy az UWG a versenytársak és a köz érdekei mellett a fogyasztók érdekeit is ugyanúgy védelemben részesíti, és ennélfogva „a védelmi célok hármasából” indul ki[38].

Ez a jelen ügy középpontjában álló – az UWG 9a. §-a (1) bekezdésének 1. pontjában foglalt – szabályozásra is vonatkozik, amelynek fogyasztóvédelmi jellegét a jogirodalom nem vonja kétségbe[39].

57. Mindemellett meg kell állapítani, hogy az Oberster Gerichtshof ítélkezési gyakorlata[40] – részben a jogtudományban képviselt véleményekre utalva – a kiegészítő kedvezmények UWG 9a. §-ának (1) bekezdé-

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*, 49. évfolyam, 161. sz., 2003. szeptember, 3. o., véleménye szerint az UWG főszabály szerint nem csupán a verseny fogyasztóvédelmi jogi szempontjait érinti, hanem ugyanúgy vonatkozik a versenytársak és a köz szempontjaira is. Valamely hirdetés aligha tekinthető egyoldalúan fogyasztói vonatkozásúnak vagy értékelhető ekként. A versenytársak és az érdemen alapuló működő versenyhez fűződő közérdek védelme legalább közvetetten a fogyasztóvédelmet is szolgálja, mert ezáltal a fogyasztó javára is biztosított lesz a verseny működése. A szerző ebből arra következtet, hogy a versenyjellegű cselekvés sem a gazdasági élet valóságában, sem dogmatikailag nem osztható fel értelmesen „fogyasztói” és „vállalkozói” versenyre. Wiebe, A., „Umsetzung der Geschäftspraktikenrichtlinie und Perspektiven für eine UWG-Reform”, *Juristische Blätter*, 129. évfolyam, 2. füzet, 2007. február, 71. o., állítása szerint Ausztria és Németország számára már régóta nem vitatott, hogy az UWG a versenytársak, a fogyasztók és a közérdek védelmét szolgálja, amint azt az új német UWG 1. §-a kifejezetten rögzíti. A védelmi célok természetszerű összekapcsolódása voltaképpen a dolog természeténél fogva lehetetlenné teszi a jogi szabályozások B2B- és B2C-ügyletek közötti elkülönítését. Hasonlóképpen Büllesbach, E., a 21. lábjegyzetben hivatkozott mű, 15. o., aki a védelmi célok Németország és Ausztria tisztességtelen kereskedelmi gyakorlatokra vonatkozó szabályozásának alapját képező hármasára (fogyasztó, versenytárs, köz) utal. Lettner, H., „Die Umsetzung der EU-Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken – Eine Bilanz des UWG-Neu in Österreich und Deutschland”, *European Law Reporter*, 2009., 9. sz., 313. o., szintén arra utal, hogy az osztrák UWG együtt szolgálja a vállalkozók, a köz és a fogyasztók érdekeinek védelmét.

39 – Így Duursma-Kepplinger, D. a 11. lábjegyzetben hivatkozott művében arra utal, hogy az UWG 9a. §-a a fogyasztóvédelmet is szolgálja (16. §, 24. pont, 808. o.). A kiegészítő kedvezmények törvényi korlátozásának célja többek között a vásárlók nem objektív és megtévesztő reklámokkal szembeni védelmében és annak megakadályozásában rejlik, hogy a versenytársak egymást (további) kiegészítő kedvezményekkel kölcsönösen túllicitálják (9a. §, 2. pont, 276. o.). A szerző álláspontja szerint az UWG tulajdonképpeni célkitűzése abban áll, hogy a verseny tisztességtelen gyakorlatoktól való tisztántartásához fűződő általános fogyasztói érdekeket általános megelőző védelemben részesítse (16. §, 26. pont, 810. o.). Horak, M., „Naht das Ende des Zugabenverbots?”, *Ecolex*, 2008., 1138. o., állítása szerint a kiegészítő kedvezmények UWG 9a. §-a szerinti tilalma által szolgált célnak különösen a fogyasztóvédelmet tekintik. A szerző e tekintetben utal az Oberster Gerichtshof jelen indítvány 40. lábjegyzetében hivatkozott ítéletére. Szintén lásd Kucsko, G., „Zur rechtspolitischen Begründung des Zugabenverbots”, *Ecolex*, 1992., 709. o., aki a kiegészítő kedvezmények osztrák tilalmának keletkezéstörténetét a 20. század kezdete óta követi nyomon. A szerző utal arra, hogy a „kiegészítő kedvezmények [osztrák] tilalmának” elsődleges célja annak keletkezése óta annak megakadályozásában áll, hogy a fogyasztót kiegészítő kedvezmények útján a vásárlásra vonatkozó elhatározásában nem objektív módon befolyásolják, és hogy a kiegészítő kedvezmények révén a főtermék valós árát elleplezzék, és így az ügyfelet megtévesszék. Ezenfelül annak az egymással versenyben álló vállalkozók kölcsönös túllicitálása ellen is hatnia kell.

40 – Lásd az Oberster Gerichtshof 4 Ob 28/99t. sz. Fini's Feinstes ügyben hozott 1999. március 9-i ítéletét. Ennek értelmében: „A kiegészítő kedvezmények tilalmának célját különösen a fogyasztóvédelemben látják: a fogyasztó ítéletét – például egy nyereményjátékban való részvételi lehetőség megnyílta esetén – nem zavarhatja meg a játékkedv vagy a nyeremény elérésére való törekvés. A vásárlásra vonatkozó elhatározásnak az árukon és azok jutányosságán, valamint célszerű összehasonlításán, nem pedig – több-kevesebb megfontolás nélkül – a csaléteknek szánt díj elnyerésén kell alapulnia.”

sében foglalt tilalmának célját szintén különösen a fogyasztóvédelemben látja. Eszerint a fogyasztó ítéletét – például egy nyereményjátékban való részvételi lehetőség megnyílta esetén – nem zavarhatja meg a játékkedv vagy a nyeremény elérésére való törekvés.

58. Így a releváns osztrák rendelkezések és ítélkezési gyakorlat megvizsgálását követően is abból kell kiindulni, hogy a kiegészítő kedvezmények UWG 9a. §-a (1) bekezdésének 1. pontjában foglalt tilalma legalább ugyanolyan mértékben szolgálja a fogyasztóvédelmet.

c) Következtetés

59. Ebből azt a következtetést vonhatjuk le, hogy az UWG 9a. §-a (1) bekezdésének 1. pontjában foglalt nemzeti szabályozás a 2005/29 irányelv hatálya alá tartozik. Így azt az irányelv előírásai fényében kell értékelni[41].

3. A két szabályozás struktúrájának vizsgálata

a) A 2005/29 irányelv szabályai

60. Annak megállapításához, hogy a 2005/29 irányelvvel ellentétes-e az olyan nemzeti rendelkezés, mint az UWG 9a. §-ának

41 – Lásd Horak, M., „Zugabenverbot gemeinschaftsrechtswidrig?", *Ecolex*, 2009/123., 341. o., akinek véleménye szerint az első kérelem arra vonatkozik, hogy a kiegészítő kedvezmények abszolút – mind a fogyasztók, mind a vállalkozók védelmét szolgáló – tilalma összeegyeztethető-e a 2005/29 irányelvvel. A szerző véleménye szerint az ilyen abszolút tilalom ellentétes a közösségi joggal, amíg annak hatálya nem határolható körül élesen, és nem korlátozható kizárólag vállalkozóknak szóló, fogyasztói érdekeket nem érintő ajánlatokra. E feltételeket az UWG 9a. §-a (1) bekezdésének 1. pontja nem teljesíti. Lettner, H., a 38. lábjegyzetben hivatkozott mű, 9. sz., 317. o., véleménye szerint az a körülmény, hogy a kapcsolt ajánlatok vonatkozásában az UWG 9a. §-a (1) bekezdésének 1. pontjában előírt tilalom nem csupán a fogyasztóvédelmet, hanem az irányelv tárgyi hatálya alá nem tartozó egyéb célokat, például a sajtó sokszínűségének fenntartását vagy a gyengébb versenytársak védelmét is szolgálja, nem indokolhatja a feketelista mellett a B2C területére vonatkozó abszolút tilalom fenntartását. Így mindkét szerző úgy véli, hogy a 2005/29 irányelv hatálya kiterjed a vita tárgyát képező nemzeti szabályozásra.

(1) bekezdése, szükséges a két szabályozás normatív céljára és szabályozási struktúrájára tekintettel való vizsgálata és összehasonlítása.

62. Ez egyrészt a (11) preambulumbekezdésből következik, miszerint a nemzeti rendelkezések *közelítése* megteremti a fogyasztóvédelem egységesen magas szintjét. Másrészt a (12) preambulumbekezdés azt is kijelenti, hogy mind a fogyasztók, mind az üzleti vállalkozások világosan meghatározott jogi koncepción alapuló, a tisztességtelen kereskedelmi gyakorlatokat az Európai Unió egész területén szabályozó *egységes szabályozási keretre* támaszkodhatnak. A *jogközelítés* módszereire ismét utal az irányelv 1. cikke, amelyből kiderül, hogy a fogyasztóvédelem javításának és a belső piac tökéletesítésének célját szolgálja.

i) A nemzeti szabályok teljes és maximális harmonizációja mint szabályozási cél

61. Amint a bevezetőben kifejtésre került[42], a 2005/29 irányelv célja a tisztességtelen kereskedelmi gyakorlatokra vonatkozó tagállami jogszabályi előírások teljes harmonizációja. Az irányelv ezenfelül nemcsak minimumharmonizációra törekszik, mint a fogyasztóvédelmi jog harmonizálására irányuló, ágazatokra vonatkozó jogi aktusok, hanem a nemzeti jogszabályi előírások maximális közelítésére, ami – bizonyos kivételektől eltekintve – megtiltja a tagállamoknak szigorúbb szabályok fenntartását vagy bevezetését, mégpedig függetlenül attól, hogy ez a magasabb szintű fogyasztóvédelem megvalósítását célozza-e[43]. Ezek mind a preambulumból, mind az irányelv rendelkezéseiből következnek.

63. Az irányelv hatálya alá tartozó életviszonyokban az átfogó és maximális közösségi szintű szabályozás a (14) és (15) preambulumbekezdés kijelentéseiben is világos, ahol kifejezetten *teljes közelítésről* van szó. Ezen túlmenően ez következik az irányelv 4. cikkének belső piaci klauzulájából is, amely szerint a tagállamok nem korlátozhatják sem a szolgáltatások nyújtásának szabadságát, sem az áruk szabad mozgását az ezen irányelv által *közelített* területekhez tartozó indokok alapján.

42 – Lásd a jelen indítvány 33. pontját.

43 – Lásd a 4. lábjegyzetben hivatkozott VTB-VAB és Galatea egyesített ügyekben hozott ítélet 52. pontját.

64. Kivételként az irányelv 3. cikkének (5) bekezdése előírja, hogy a 2007. június 12-ét követő hat év folyamán az ezen irányelv által közelített területen a tagállamok továbbra is alkalmazhatják azon nemzeti jogszabályaikat, amelyek megszorítóbbak és szigorúbbak ezen irányelvnél. Ez a kivétel ugyanakkor olyan nemzeti szabályokra korlátozott, amelyek minimális harmonizációs kikötéseket tartalmazó irányelveket hajtanak végre[44]. A teljes harmonizáció alóli további kivételt tartalmaz végül a 3. cikk (9) bekezdése a 2002/65/EK irányelvben meghatározott „pénzügyi szolgáltatásokra" és az ingatlanokra vonatkozóan.

ii) A 2005/29 irányelv szabályozási struktúrája

65. A 2005/29 irányelv központi része az 5. cikk (1) bekezdésének generálklauzulája, amely előírja a tisztességtelen kereskedelmi gyakorlatok tilalmát. Az 5. cikk (2) bekezdése meghatározza, hogy az egyes esetekben mi értendő „tisztességtelen" alatt. Eszerint a kereskedelmi gyakorlat tisztességtelen, ha egyrészt ellentétes a „szakmai gondosság" követelményeivel, és másrészt „jelentősen torzíthatja" az átlagfogyasztó gazdasági magatartását. A (4) bekezdés szerint különösen tisztességtelen az a kereskedelmi gyakorlat, amely megtévesztő (6. és 7. cikk) vagy agresszív (8. és 9. cikk). Az (5) bekezdés utal az I. mellékletre, és az ott említett kereskedelmi gyakorlatokra, „amelyek minden körülmény között tisztességtelennek minősülnek". Ugyanezt a felsorolást kell alkalmazni minden tagállamban, és a felsorolás csak ezen irányelv felülvizsgálata révén módosítható.

66. A nemzeti bíróságok és hatóságok jogalkalmazása számára ebből az következik, hogy először is a tisztességtelen kereskedelmi gyakorlatok 31 esetét felsoroló I. mellékletbeli listával kell kezdeni. Ha a kereskedelmi gyakorlat az egyik tényállás alá sorolható, meg kell tiltani; további vizsgálatra – például a hatások tekintetében – nem kerül sor. Ha a konkrét tényállás nem tartozik a lista által tiltott gyakorlatok közé, azt kell megvizsgálni,

44 – A 2005/29 irányelv 3. cikkének (5) bekezdése értelmében vett minimumharmonizációs kikötéseket tartalmazó irányelvekhez a következők tartoznak: az üzlethelyiségen kívül kötött szerződések esetén a fogyasztók védelméről szóló, 1985. december 20-i 85/577/EGK tanácsi irányelv (HL L 372., 31. o.; magyar nyelvű különkiadás 15. fejezet, 1. kötet, 262. o.), a szervezett utazási formákról szóló, 1990. június 13-i 90/314/EGK tanácsi irányelv (HL L 158., 59. o.; magyar nyelvű különkiadás 13. fejezet, 10. kötet, 132. o.), az ingatlanok időben megosztott használati jogának megszerzésére irányuló szerződések egyes szempontjai vonatkozásában a fogyasztók védelméről szóló, 1994. október 26-i 94/47/EK európai parlamenti és tanácsi irányelv (HL L 280., 83. o.; magyar nyelvű különkiadás 13. fejezet, 13. kötet, 315. o.), a távollevők között kötött szerződések esetén a fogyasztók védelméről szóló, 1997. május 20-i 97/7/EK európai parlamenti és tanácsi irányelv (HL L 144., 19. o.; magyar nyelvű különkiadás 15. fejezet, 3. kötet, 319. o.), a fogyasztók számára kínált termékek árának feltüntetésével kapcsolatos fogyasztóvédelemről szóló, 1998. február 16-i 98/6/EK európai parlamenti és tanácsi irányelv (HL L 80., 27. o.; magyar nyelvű különkiadás 15. fejezet, 4. kötet, 32. o.), a tagállamok törvényi, rendeleti vagy közigazgatási intézkedésekben megállapított, televíziós műsorszolgáltató tevékenységre vonatkozó egyes rendelkezéseinek összehangolásáról szóló, 1989. október 3-i 89/552/EGK tanácsi irányelv (HL L 298., 23. o.; magyar nyelvű különkiadás 6. fejezet, 1. kötet, 224. o.).

hogy a generálklauzula által szabályozott esetek egyike – megtévesztő vagy agresszív – áll-e fenn. Csak ha nem ez a helyzet, akkor alkalmazandó közvetlenül az irányelv 5. cikke (1) bekezdésének generálklauzulája[45].

b) Az UWG szabályai

67. Az állandó ítélkezési gyakorlat értelmében minden tagállam, amely valamely irányelv címzettje, köteles a nemzeti jogrendjében valamennyi szükséges intézkedést meghozni az irányelv teljes érvényesülésének biztosítása céljából, az irányelv által követett célnak megfelelően[46]. Ehhez kapcsolódik a nemzeti jogalkotó kötelezettsége, hogy az érintett irányelvet szabályszerűen átültesse a nemzeti jogba[47]. Az EK 249. cikk harmadik bekezdése azonban – a szövege szerint – a forma és az eszközök megválasztását a nemzeti hatóságokra hagyja. Ez a választási szabadság különösen a nemzeti jogalkotót illeti meg.

68. Ezen okból az ítélkezési gyakorlat elismeri, hogy valamely irányelv szabályszerű átültetése nem szükségszerűen az irányelv rendelkezéseinek valamely kifejezett, különös törvényi rendelkezésbe történő szó szerinti átvételét követeli meg[48]. Sokkal inkább annak van jelentősége, hogy az irányelv átültetéseként hatályba léptetett nemzeti jog megfeleljen a jogi egyértelműség és a jogbiztonság követelményének, annak biztosítása érdekében, hogy a nemzeti jognak az egyes tagállamok bíróságai és hatóságai által történő alkalmazása során a irányelv programja teljes körűen megvalósuljon[49].

45 – Így például De Cristofaro, G., „La direttiva 2005/29/CE – Contenuti, rationes, caratteristiche", *Le pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori*, Torino 2007., 12. o., és Henning-Bodewig, F., „Die Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken", *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Internationaler Teil*, 2005., 8/9. füzet, 631. o. vizsgálati sémája is.

46 – Lásd többek között az 51/76. sz. Verbond van Nederlandse Ondernemingen ügyben 1977. február 1-jén hozott ítélet (EBHT 1977., 113. o.) 22. pontját, a 152/84. sz. Marshall-ügyben 1986. február 26-án hozott ítélet (EBHT 1986., 723. o.) 48. pontját, a C-72/95. sz., Kraaijeveld és társai ügyben 1996. október 24-én hozott ítélet (EBHT 1996., I-5403. o.) 55. pontját, a C-336/97. sz., Bizottság kontra Olaszország ügyben 1999. június 17-én hozott ítélet (EBHT 1999., I-3771. o.) 19. pontját, a C-97/00. sz., Bizottság kontra Franciaország ügyben 2001. március 8-án hozott ítélet (EBHT 2001., I-2053. o.) 9. pontját, a C-478/99. sz., Bizottság kontra Svédország ügyben 2002. május 7-én hozott ítélet (EBHT 2002., I-4147. o.) 15. pontját, valamint a C-233/00. sz., Bizottság kontra Franciaország ügyben 2003. június 26-án hozott ítélet (EBHT 2003., I-6625. o.) 75. pontját.

47 – Az irányelv átültetése egy kétlépcsős jogalkotási eljárás eleme, ahol a második lépcső a nemzeti jog szintjére helyezendő. A nemzeti jog szintjén történő materiális átültetéssel konkretizálódik az irányelvben foglalt jog (lásd ehhez Vcelouch, P., *Kommentar zu EU- und EG-Vertrag* [kiadja: Heinz Mayer], Bécs 2004., 249. cikk, 48. és 50. pont, 17. és 18. o.).

48 – Lásd a C-131/88. sz., Bizottság kontra Németország ügyben 1991. február 28-án hozott ítélet (EBHT 1991., I-825. o.) 6. pontját; a C-96/95. sz., Bizottság kontra Németország ügyben 1997. március 20-án hozott ítélet (EBHT 1997., I-1653. o.) 35. pontját; a C-49/00. sz., Bizottság kontra Olaszország ügyben 2001. november 15-én hozott ítélet (EBHT 2001., I-8575. o.) 21. és 22. pontját; a C-410/03. sz., Bizottság kontra Olaszország ügyben 2005. április 28-án hozott ítélet (EBHT 2005., I-3507. o.) 60. pontját. Erre helytállóan utal Seichter, D., „Der Umsetzungsbedarf der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken", *Wettbewerb in Recht und Praxis*, 2005., 1088. o., a 2005/29 irányelvnek a német jogba való átültetésére vonatkozó szükséglettel összefüggésben.

49 – Ebben az értelemben Ruffert, M., in Calliess és Ruffert (kiadó), *Kommentar zu EUV/EGV*, 3. kiadás, 2007., 249. cikk, 49. pont, 2135. o. Az állandó ítélkezési gyakorlat szerint az irányelv átültetésének ténylegesen biztosítania kell annak teljes körű alkalmazását. Lásd többek között a C-217/97. sz., Bizottság kontra Németország ügyben 1999. szeptember 9-én hozott ítélet (EBHT 1999., I-5087. o.) 31. pontját, a C-214/98. sz., Bizottság kontra Görögország ügyben 2000. november 16-án hozott ítélet (EBHT 2000., I-9601. o.) 49. pontját és a C-62/00. sz. Marks & Spencer ügyben 2002. július 11-én hozott ítélet (EBHT 2002, I-6325. o.) 26. pontját.

i) Az UWG 9a. §-a (1) bekezdésének 1. pontja szerinti tilalom szabályozási struktúrájának bemutatása

69. A kérdést előterjesztő bíróság tájékoztatása szerint az UWG 9a. §-a (1) bekezdésének 1. pontja tiltja azt, hogy az üzleti vállalkozások a fogyasztók számára áruk vagy szolgáltatások mellé ingyenes kiegészítő kedvezményeket hirdessenek meg. Amennyiben a főtermék időszaki nyomtatvány (újság, folyóirat), úgy a tilalom a kiegészítő kedvezmények puszta kínálására és nyújtására is vonatkozik. Az Oberster Gerichtshof ítélkezési gyakorlata szerint[50] kiegészítő kedvezménynek számít különösen egy nyereményjátékon történő részvétel főtermék megvételéhez kapcsolt lehetősége.

70. Amint az előzetes döntéshozatalra utaló határozatból[51] kiderül, az ítélkezési gyakorlat e rendelkezést mindazonáltal megszorítóan értelmezi, úgy, hogy nem minden ingyenes kiegészítő kedvezmény minősül tiltottnak. Az UWG 9a. §-a (1) bekezdésének 1. pontja az Oberster Gerichtshof állandó ítélkezési gyakorlat alapján feltételezi, hogy a kifogásolt magatartás az adott esetben (a) objektíve alkalmas volt arra, hogy a fogyasztókat a főtermék (főszolgáltatás) megvásárlására vonatkozó elhatározásukban befolyásolja[52], és, hogy ez a magatartás ezért (b) egy nem pusztán jelentéktelen keresletáthelyeződéshez vezethetett[53]. Ezen okból az (1) bekezdés értelmében vett tilos „kiegészítő kedvezmény" hiányában már bizonyos fokig elvész az e rendelkezés szerinti tényállásszerűség, amennyiben az ítélkezési gyakorlatban kimunkált fent említett feltételek nem állnak fenn[54].

71. Az osztrák ítélkezési gyakorlat szerinti megszorító értelmezés ellenére le kell szögezni, hogy az UWG 9a. §-a szerinti – a vita tárgyát képező – szabályozás a főszabály-kivétel elvén nyugszik, mégpedig oly módon, hogy két eltérő áru vagy szolgáltatás eladás-ösztönzési céllal történő összekapcsolása az (1) bekezdés értelmében tiltott marad, amennyiben a (2) bekezdésben felsorolt kivételek nem relevánsak. Másképpen fogalmazva, e rendelkezés tiltja két eltérő áru vagy szolgáltatás

50 – Lásd az előzetes döntéshozatalra utaló határozat 10. oldalát.

51 – A kérdést előterjesztő bíróság az előzetes döntéshozatalra utaló határozat 8. oldalán az Oberster Gerichtshof 4 Ob 87/92. sz. Welt des Wohnens ügyben hozott 1992. október 20-i, a 3 Ob 273/07d. sz. ORF-Teletext-ügyben hozott 2008. január 30-i és a 4 Ob 17/08s. sz. ügyben hozott 2008. február 14-i ítéleteit említi.

52 – A kérdést előterjesztő bíróság az előzetes döntéshozatalra utaló határozat 8. oldalán a fenti 51. lábjegyzetben hivatkozott Welt des Wohnens ügyben hozott ítéletet említi.

53 – A kérdést előterjesztő bíróság az előzetes döntéshozatalra utaló határozat 8. oldalán az Oberster Gerichtshof 4 Ob 290/99x. sz. Tipp des Tages III ügyben hozott 1999. december 14-i ítéletét említi.

54 – Lásd az alapeljárás felperese írásbeli észrevételeinek 4. oldalát is.

eladás-ösztönzési céllal történő összekapcsolását, azt tehát a kapcsolt ajánlatok általános tilalmaként kell értelmezni, amely mindemellett bizonyos esetekben eltérést enged[55].

a) Az írott nemzeti jog

i) A szabályozási rendszer megfordítása

4. A vita tárgyát képező szabályozás összeegyeztethetősége a 2005/29 irányelvvel

72. A továbbiakban a vita tárgyát képező szabályozásnak a 2005/29 irányelvvel való összeegyeztethetőségére vonatkozó kérdést kell elemezni, minek során elsősorban a nemzeti szabályozás struktúráját kell megvizsgálni. Ha a törvény szövegéből következő nemzeti jog összeegyeztethetetlenségét kellene megállapítani, akkor ezt követően azt kell megvizsgálni, hogy e szabályozás az Oberster Gerichtshof fent említett megszorító értelmezésére figyelemmel mégis az irányelvvel összhangban állónak tekinthető-e.

73. Ami a vita tárgyát képező szabályozásnak a 2005/29 irányelvvel való összeegyeztethetőségére vonatkozó kérdést illeti, meg kell állapítani, hogy a kapcsolt ajánlatok vonatkozásában az UWG 9a. §-a (1) bekezdésének 1. pontjában előírt – a vita tárgyát képező – tilalom az UWG-n belül különös szabályozásnak minősül, amelynek a 2005/29 irányelvben jelenleg nem található megfelelője. Az UWG 9a. §-a (1) bekezdésének 1. pontja az irányelvben magában elő nem írt tilalmat rendel el a kapcsolt ajánlatokra vonatkozóan.

74. E nemzeti szabályozás továbbá az alapjául szolgáló főszabály-kivétel elvére tekintettel a 2005/29 irányelvtől eltérő szabályozási struktúrát mutat. Elsősorban a szabályozási rendszer e megfordítása az, ami az irányelvvel való összeegyeztethetőséget illető kétségeket vet fel, amelynek tekintetében kevésbé magáról a szabályozás formális kialakításáról – elvégre a nemzeti jogalkotót az átültetés során bizonyos fokú mérlegelési mozgástér illeti meg –, mint inkább e nemzeti rendelkezés normatív tartalmáról van szó. Az nem egyezik meg a 2005/29 irányelv normatív tartalmával. Amint azt már ugyanis a C-261/07. és

55 – Lásd Horak, M., a 39. lábjegyzetben hivatkozott mű, 1137. o., aki az UWG 9a. §-a szerinti szabályozást az úgynevezett „abszolút tilalmakkal" hasonlítja össze. Az abszolút tilalmak bizonyos általános módon körülírt kereskedelmi gyakorlatokat anélkül tiltanak általánosan, hogy valamely bíróság egyedileg megvizsgálhatná a fogyasztókra avagy versenytársakra gyakorolt hatást. A praktikus egyensúly megteremtése érdekében e tilalmakat többnyire a kivételek felsorolása kíséri. A szerző véleménye szerint az UWG 9a. §-a a kiegészítő kedvezmények (1) bekezdés szerinti általános tilalmával és a kivételek (2) bekezdés szerinti felsorolásával e rendszert követi. Heidinger, R., a 17. lábjegyzetben hivatkozott mű, 45. o., álláspontja szerint az UWG 9a. §-ában foglalt szabályozás olyan abszolút tilalomként van kialakítva, amely anélkül tilt meghatározott kereskedelmi gyakorlatokat, hogy az egyes esetekben vizsgálni kellene a fogyasztókra gyakorolt hatást.

C-299/07. sz., VTB-VAB és Galatea egyesített ügyekben ismertetett indítványomban kifejtettem, a 2005/29 irányelv a vállalkozások vállalkozói szabadságát előnyben részesítő szempontot követ, ami az *in dubio pro libertate*[56] jogelvének felel meg. Az irányelv ezért az UWG 9a. §-a (1) bekezdésének 1. pontja szerinti szabályozással ellentétben a kereskedelmi gyakorlatok tisztességességéből indul ki, amíg a tilalom közelebbről körülírt jogi feltételei nem adottak[57].

75. E liberális szempont konkrét szabályozáspolitikai háttérrel bír, amely annak biztosításában áll, hogy megvalósuljon a közösségi jogalkotó (4) és (5) preambulumbekezdésben, valamint 1. cikkben rögzített azon célja, hogy egységes, közösségi szintű szabályok révén – a belső piac megfelelő működéséhez és a fogyasztóvédelem magasabb szintjének létrehozásához szükséges mértékben – megszűnjenek a szolgáltatások és termékek határon átnyúló szabad mozgása vagy a letelepedés szabadsága útjában álló, a tisztességtelen kereskedelmi gyakorlatokra vonatkozó nemzeti szabályok nagy számából fakadó akadályok[58].

ii) Az UWG 9a. §-ának (2) bekezdése szerinti kivételek elégtelensége

76. Ezenfelül az általános tilalmakhoz kötődő kivételek – mint az UWG 9a. §-ának (2) bekezdése – nem alkalmasak minden olyan helyzet lefedésére, amely esetében a 2005/29 irányelv rendelkezései szerint megengedett kereskedelmi gyakorlatot kell feltételezni, mivel azok a hatáskörrel és illetékességgel rendelkező nemzeti bíróságok és hatóságok általi

56 – Lásd a 15. lábjegyzetben hivatkozott, a VTB-VAB és Galatea egyesített ügyekben ismertetett indítványom 81. pontját. Helyeslően Micklitz, H.-W., a 25. lábjegyzetben hivatkozott mű, 374. o.

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., 15. o., ezért az irányelv által követett szempontot liberálisnak írja le. Eszerint minden megengedett, ami nem kifejezetten tilos. De Cristofaro, G., a 45. lábjegyzetben hivatkozott mű, 11. o., találóan állapítja meg, hogy az irányelv elszórt szempontot követ, amennyiben megállapítja egy kereskedelmi gyakorlat tisztességtelenné nyilvánításának kritériumait, miközben teljesen lemond arról, hogy a tisztességes kereskedelmi gyakorlat jellemzőit körülírja.

58 – Lásd 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., 47. és azt követő oldal, aki a 2005/29 irányelv harmonizáló hatását emeli ki, amelynek célja az irányelv hatálybalépésig a tisztességtelen kereskedelmi gyakorlatokra vonatkozó tagállami szabályozások között fennálló jelentékeny különbségek megszüntetésében áll. Hasonlóképpen Bargelli, E., a 21. lábjegyzetben hivatkozott mű, 79. o. 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., 137. o., a 2005/29 irányelv célját egyidejű reguláció melletti deregulációként jellemzi. A nemzeti jogalkotások harmonizációja deregulálja a piacot azáltal, hogy a tagállamok szabályozási sokszínűségét megszünteti egy egységes szabályozás javára. Falce, V./Ghidini, G., a 23. lábjegyzetben hivatkozott mű, 372. o., véleménye szerint a 2005/29 irányelv egyfelől a határok nélküli belső piacon belüli verseny, másfelől a fogyasztóvédelem közötti egyensúly ismételt megteremtését szolgálja.

egyedi értékelést nem teszik lehetővé[59]. A Bíróság ezt a VTB-VAB és Galatea egyesített ügyekben hozott ítéletben is megerősítette[60].

77. Mivel a kapcsolt ajánlatok nem tartoznak az I. mellékletben említett azon kereskedelmi gyakorlatokhoz, amelyek minden körülmény között tisztességtelennek minősülnek, elvileg csak akkor tilthatók meg, ha tisztességtelen kereskedelmi gyakorlatot jelentenek, mert például az irányelv értelmében megtévesztők vagy agresszívek. Ettől eltekintve a 2005/29 irányelv szerint tilalom csak akkor jön szóba, ha egy kereskedelmi gyakorlatot azért kell tisztességtelennek értékelni, mert ellentétes a szakmai gondosság követelményeivel, vagy jelentősen torzítja vagy torzíthatja az átlagfogyasztó gazdasági magatartását.

78. Nem állapítható meg általános érvénnyel, hogy a kapcsolt ajánlatok tekintetében ez-e a helyzet, hanem sokkal inkább a konkrét kereskedelmi gyakorlat megítélésére van szükség az egyedi esetben. Mindez egyértelműen kitűnik az irányelv (7) preambulumbekezdéséből, amely szerint az ezen irányelvnek és különösen az általános záradékainak az alkalmazásakor teljes mértékben figyelembe kell venni az adott egyedi eset körülményeit. A „különösen" szó is azt mutatja, hogy az egyes egyedi esetek megítélése nem korlátozódik az 5. cikk (1) bekezdésében szereplő generálklauzula alkalmazására, hanem kiterjed az irányelv 5–9. cikke ezt konkretizáló rendelkezéseinek alkalmazására is. A (17) preambulumbekezdés alapján a közösségi jogalkotó is az eseteknek az irányelv 5–9. cikkének rendelkezései alapján történő egyedi megítélése szükségességéből indul ki abban az esetben, ha valamely kereskedelmi gyakorlat nem tartozik az I. mellékletben felsorolt kereskedelmi gyakorlatok közé. Ez a contrario következik a (17) preambulumbekezdés harmadik mondatából, amely szerint kizárólag az I. mellékletben felsorolt kereskedelmi gyakorlatok olyan kereskedelmi gyakorlatok, amelyeket „az 5–9. cikk rendelkezései szerint történő eseti vizsgálat nélkül is tisztességtelennek kell tekinteni".

iii) Következtetés

79. A vita tárgyát képező, a törvény szövegéből következő szabályozás nem egyeztethető össze a 2005/29 irányelvvel.

59 – Ugyanebben az értelemben Heidinger, R., a 17. lábjegyzetben hivatkozott mű, 46. o.

60 – A 4. lábjegyzetben hivatkozott ítélet 64. és 65. pontja.

b) Az irányelvvel összhangban álló értelmezés lehetősége

80. Amint azt a Plus-ügyben ismertetett indítványomban bemutattam[61], azon kérdés vizsgálatánál, hogy a nemzeti jog egy rendelkezése ellentétes-e a közösségi joggal, nemcsak ezen rendelkezés szövege a mérvadó, hanem ezen túl figyelemmel kell lenni azon értelmezésre is, amit a nemzeti bíróságok ezen rendelkezéssel kapcsolatban alapul vesznek[62]. Azáltal, hogy egy törvény minden jogalanyra kötelező értelmezését visszaadja, egy tagállam ítélkezési gyakorlata elengedhetetlen mércének minősül a nemzeti jog közösségi joggal összhangban lévő átültetésének és értelmezésének megítélése szempontjából[63].

81. Az irányelvvel való összeegyeztethetőség javára szólhat ezért az a körülmény, hogy az Oberster Gerichtshof a kapcsolt ajánlatokra vonatkozó általános tilalmat rendszerint megszorítóan értelmezi. Nem zárható ki, hogy egy ilyen tilalom a nemzeti bíró megszorító értelmezése folytán olyannyira megenyhül, hogy az végeredményben az irányelvvel összhangba kerül. Ettől eltekintve emlékeztetni kell arra, hogy a Bíróság ítélkezési gyakorlata szerint a tagállami bíróságnak annak érdekében, hogy elérje az irányelv által kívánt eredményt, és ily módon megfeleljen az EK 249. cikk harmadik bekezdésének, a nemzeti jogot – akár az irányelvet megelőzően, akár az azt követően alkotott rendelkezésekről van szó – az irányelv szövege és célja fényében kell értelmeznie[64], minek során a tagállami bíróságnak ezt az értelmezést minden olyan intézkedés során, ahol a nemzeti jog mérlegelési jogkört biztosít számára, a közösségi jog követelményeivel összhangban kell elvégeznie[65]. Ehhez kötődik az érintett nemzeti szabály irányelvvel összhangban álló puhításának vagy akár a jogfejlesztésnek a

61 – A 20. lábjegyzetben hivatkozott főtanácsnoki indítvány 82. pontja.

62 – Lenaerts, K./Arts, D./Maselis, I., a 35. lábjegyzetben hivatkozott mű, 5-056. pont, 162. o., arra utalnak, hogy a nemzeti törvényi, rendeleti és végrehajtási rendelkezések hatókörét azon értelmezés fényében kell megítélni, amit a nemzeti bíróságok hozzájuk rendelnek. A nemzeti jog közösségi joggal összhangban lévő értelmezése volt a német Bundesgerichtshof előzetes döntéshozatal iránti kérelmének a tárgya a C-42/95. sz., Siemens kontra Nold ügyben (az 1996. november 19-én hozott ítélet [EBHT 1996., I-6017. o.]), valamint a belga Hof van beroep te Gent előzetes döntéshozatal iránti kérelmének a tárgya a C-205/07. sz. Gysbrechts-ügyben (a 2008. december 16-án hozott ítélet [EBHT 2008., I-9947. o.]).

63 – Lásd ezzel összefüggésben a C-338/06. sz., Bizottság kontra Spanyolország ügyben 2008. szeptember 4-én ismertetett indítványom (a 2008. december 18-án hozott ítélet [EBHT 2008., I-10139. o.]) 89. pontját.

64 – A 14/83. sz., von Colson és Kamann kontra Nordrhein-Westfalen ügyben 1984. április 10-én hozott ítélet (EBHT 1984., 1891. o.) 26. pontja; a 79/83. sz., Harz kontra Deutsche Tradax ügyben 1984. április 10-én hozott ítélet (EBHT 1984., 1921. o.) 26. pontja; a 222/84. sz., Johnston kontra Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary ügyben 1986. május 15-én hozott ítélet (EBHT 1986., 1651. o.) 53. pontja; a 80/86. sz. Kolpinghuis Nijmegen ügyben 1987. október 8-án hozott ítélet (EBHT 1987., 3969. o.) 12. pontja; a 31/87. sz. Beentjes-ügyben 1988. szeptember 20-án hozott ítélet (EBHT 1988., 4635. o.) 39. pontja; a C-91/92. sz. Faccini Dori-ügyben 1994. július 14-én hozott ítélet (EBHT 1994., I-3325. o.) 24. pontja; a C-131/97. sz. Carbonari-ügyben 1999. február 25-én hozott ítélet (EBHT 1999., I-1103. o.) 48. pontja; a 365/98. sz. Brinkmann Tabakfabriken ügyben 2000. június 15-én hozott ítélet (EBHT 2000., I-4619. o.) 40. pontja; a C-240/98–C-244/98. sz., Océano Grupo Editorial és Salvat Editores egyesített ügyekben 2000. június 27-én hozott ítélet (EBHT 2000., I-4941. o.) 30. pontja; a C-456/98. sz. Centrosteel-ügyben 2000. július 13-án hozott ítélet (EBHT 2000., I-6007. o.) 16. pontja; valaminta C-371/97. sz. Gozza-ügyben 2000. október 3-án hozott ítélet (EBHT 2000., I-7881. o.) 37. pontja. Hasonlóképpen a C-106/89. sz. Marleasing-ügyben 1990. november 13-án hozott ítélet (EBHT 1990., I-4135. o.) 8. pontja; a C-160/01. sz. Mau-ügyben 2003. május 15-én hozott ítélet (EBHT 2003., I-4791. o.) 36. pontja; a C-462/99. sz. Connect Austria ügyben 2003. május 22-én hozott ítélet (EBHT 2003., I-5197. o.) 38. pontja; a C-408/01. sz., Adidas-Salomon és Adidas Benelux ügyben 2003. október 23-án hozott ítélet (EBHT 2003., I-12537. o.) 21. pontja; valamint a C-397/01–C-403/01. sz., Pfeiffer egyesített ügyekben 2004. március 9-én hozott ítélet (EBHT 2004., I-8835. o.) 113. pontja. Lásd ezzel összefüggésben Schweitzer, M./Hummer, W./Obwexer, W., *Europarecht*, Bécs 2007., 82. és azt követő oldal.

65 – A 64. lábjegyzetben hivatkozott Von Colson és Kamann kontra Nordrhein-Westfalen ügyben hozott ítélet 28. pontja, valamint a 64. lábjegyzetben hivatkozott Harz kontra Deutsche Tradax ügyben hozott ítélet 28. pontja.

lehetősége, amennyiben erre a nemzeti bíróságok jogosultak[66].

82. Az Oberster Gerichtshof által képviselt megszorító értelmezésnek mindazonáltal az UWG 9a. §-a (1) bekezdése 1. pontja normatív tartalmának az irányelvi rendelkezések normatív tartalmával való messzemenő egyezőségét kellene eredményeznie.

i) A 2005/29 irányelv rendelkezéseire tekintettel történő vizsgálat

83. Az alábbiakban azt vizsgálom, hogy a kapcsolt ajánlatokra vonatkozó – a vita tárgyát képező – tilalom az osztrák ítélkezési gyakorlat által képviselt megszorító értelmezés mellett összeegyeztethetőnek tekinthető-e az irányelvvel. E célból a jelen indítvány 66. pontjában ismertetett vizsgálati sémát veszem figyelembe.

66 – Streinz, R., *Europarecht*, 8. kiadás, Heidelberg 2008., 161. o., 456. pont, véleménye szerint az irányelvvel összhangban álló értelmezés határa a nemzeti jog értelmezésre való alkalmassága mentén húzódik. Amennyiben a nemzeti bíróságok jogfejlesztésre is jogosultak, a nemzeti jogot adott esetben szintén az irányelvvel összhangban kell továbbfejleszteniük.

– A 2005/29 irányelv 5. cikkének (4) és (5) bekezdése

A tisztességtelen kereskedelmi gyakorlatoknak a 2005/29 irányelv I. mellékletében foglalt listája

84. Először azt kell megállapítani, hogy az UWG 9a. §-ának (1) bekezdése által tiltott kereskedelmi gyakorlat nem felel meg a tisztességtelen kereskedelmi gyakorlatok I. mellékletben felsorolt egyik esetének sem. Különösen nem releváns az említett melléklet 16. pontjában szereplő eset, azaz annak hirdetése, hogy bizonyos termékek növelhetik a nyerési esélyeket a szerencsejátékokon. Ez a reklám egy különös formáját[67] érinti, azonban önmagában a kapcsolt ajánlatok alkalmazását nem[68]. Ettől eltekintve az alapeljárás alperese nem azt hirdeti például, hogy valamely áru puszta megvásárlása önmagában nyerési esélyt biztosít. Csupán az internet útján egyébként is bárki számára hozzáférhető

67 – E tilalom céljával összefüggésben lásd Büllesbach, E., a 21. lábjegyzetben hivatkozott mű, 114. o. Ha a kereskedő azt állítja, hogy valamely termék növelheti a nyerési esélyeket a szerencsejátékokon, akkor a fogyasztónak azt sugallják, hogy a díj elnyerése a termék megvásárlása útján a saját javára befolyásolható. A szerencsejátékokat mindazonáltal az jellemzi, hogy a díj elnyerése többnyire a véletlenen múlik. E szerencseelemre tekintettel a díj elnyerésének befolyásolása elvileg elképzelhetetlen. A megtévesztés tárgya tehát a termék célra való alkalmassága. Mivel az állítás közvetetten a játékkedvhez kapcsolódik, a fogyasztó különös veszélynek van kitéve, mivel döntésének racionalitását a könnyű nyeremény reménye rendkívül károsan befolyásolhatja.

68 – Lásd a 20. lábjegyzetben hivatkozott, Plus-ügyben ismertetett indítványom 85. pontját.

nyereményjátékban való részvétel lehetőségét kínálja anélkül, hogy ezáltal nagyobb nyerési esélyt ígérne a vásárlónak. „Az év focistájának" megválasztásában részt venni kívánó fogyasztónak így nem feltétlenül kell megvásárolnia a szóban forgó újságot, hanem választhat a részvétel különböző módjai között. Nem sugallják azt, hogy nyerési esélyei a szóban forgó újság megvásárlásától eltérő részvételi mód esetén esetleg a többi résztvevőjénél kisebbek lennének, és az objektív szemléletmód mellett sem tűnik így.

A 2005/29 irányelv 5. cikkének (4) bekezdése értelmében vett megtévesztő és agresszív kereskedelmi gyakorlatok

85. Kérdéses, hogy az UWG 9a. §-ának (1) bekezdése által tiltott kereskedelmi gyakorlat megtévesztőnek vagy agresszívnek tekinthető-e az irányelv 5. cikkének (4) bekezdése értelmében. A vita tárgyát képező szabályozást az irányelv 6. cikke (1) bekezdése d) pontjának, illetve 8. és 9. cikkének átültetéseként is értékelő osztrák kormány ezt állítja[69].

A 2005/29 irányelv 6. és 7. cikke értelmében vett megtévesztő kereskedelmi gyakorlatok

86. A megtévesztő kereskedelmi gyakorlatokat – amint azt az irányelv 6. és 7. cikkének értelmezése alátámasztja – mindenekelőtt a termék lényeges tulajdonságai tekintetében történő megtévesztés jellemzi. Az irányelv 6. cikke (1) bekezdésének d) pontja értelmében a termék lényeges tulajdonságai közé tartozik az ár is.

87. Az osztrák kormány által a fejtegetéseiben hivatkozott Oosthoek's Uitgeversmaatschappij ügyben hozott ítéletben[70] a Bíróság a kiegészítő kedvezmények holland tilalmának az áruk szabad mozgásával való összeegyeztethetősége kapcsán megállapította, hogy „az ajándékok felajánlása mint az eladásösztönzés eszköze a fogyasztókat tévedésbe ejtheti a termékek tényleges árát illetően, és torzíthatja a teljesítésen alapuló verseny feltételeit". A Bíróság ebből azt a következtetést vonta le, hogy „az ilyen kereskedelmi gyakorlatot ezen okból korlátozó vagy akár megtiltó szabály alkalmas a fogyasztóvédelem és a kereskedelem tisztességességének előmozdítására".

88. E megállapítások, amelyeket a 2005/29 irányelv elfogadását jóval megelőzően tettek, nem vesztettek aktualitásukból, mivel azok az ítélet fent idézett részletének helyes értelmezése mellett tulajdonképpen arra az általános

69 – Lásd az osztrák kormány írásbeli észrevételeinek 21. oldalán szereplő 55. pontot.

70 – A 286/81. sz. Oosthoek's Uitgeversmaatschappij ügyben 1982. december 15-én hozott ítélet (EBHT 1982., 4575. o.) 18. pontja.

veszélyre vonatkoznak, amely az egyes termékek értékének megfelelő felismerését bizonyos körülmények között akadályozó kapcsolt ajánlatokból fakad. Erre utal aható igék használata az első mondatban. A Bíróság ezért közvetetten az eseti megítélés szükségességéből indult ki, amint ezt a közösségi jogalkotó a 2005/29 irányelvvel meg is kívánja.

89. Ettől eltekintve az említett ítéletből egyértelműen kiderül, hogy a Bíróság kizárólag a kiegészítő kedvezményekre vonatkozó kérdéses holland tilalomnak az áruk szabad mozgásával való összeegyeztethetőségére vonatkozó kérdés kapcsán foglalt állást, figyelemmel a tilalom sajátos törvényi kialakítására. A Bíróság végkövetkeztetései ezért nem minden további nélkül alkalmazhatók az alapesetre. E körülmények között az érv, miszerint a kiegészítő kedvezmények alkalmazása azok kialakításától függetlenül a megtévesztés veszélyét hordozza magában, minden alapot nélkülöz.

90. Következésképpen a vita tárgyát képező szabályozás az osztrák ítélkezési gyakorlat által képviselt megszorító értelmezés mellett nem tekinthető az irányelv 6. cikke (1) bekezdésének d) pontjával összhangban állónak.

A 2005/29 irányelv 8. cikke értelmében vett agresszív kereskedelmi gyakorlatok

91. A kapcsolt ajánlatoknak az agresszív kereskedelmi gyakorlatok csoportjába történő általános besorolása éppily kevésbé kerül számításba, mivel ehhez az irányelv 8. cikke értelmében az szükséges, hogy az átlagfogyasztónak a termékkel kapcsolatos választási szabadságát vagy magatartását többek között zaklatás, kényszerítés vagy erőszak alkalmazása útján befolyásolják.

92. Ez azonban sem a kapcsolt ajánlatokra nem jellemző, sem az alapesetben nem merült fel. A vita tárgyát képező szabályozás ennélfogva a megszorító értelmezés ellenére sem áll összhangban az irányelv 8. cikkével.

– A 2005/29 irányelv 5. cikkének (2) bekezdése

93. Az irányelv szerint tilalom továbbá csak akkor jön szóba, ha egy kereskedelmi gyakorlatot azért kell tisztességtelennek értékelni, mert ellentétes a szakmai gondosság követelményeivel, vagy jelentősen torzítja vagy torzíthatja az átlagfogyasztó gazdasági magatartását. Ehhez együtt kell teljesülniük az

5. cikk (2) bekezdésének a) és b) pontja szerinti követelményeknek[71].

94. Az UWG 9a. §-a (1) bekezdése 1. pontjának a 2005/29 irányelv 5. cikkének (2) bekezdésével való összeegyeztethetőséget érintő vizsgálata két lépcsőben történik. Elsőként azt kell megvizsgálni, hogy az UWG 9a. §-a (1) bekezdésének 1. pontja szerinti szabályozás a már említett megszorító értelmezésre figyelemmel ugyanazokat a jogi követelményeket támasztja-e egy tilalommal szemben, mint az irányelv. Igenlő válasz esetén azt kell megvizsgálni, hogy e tagállami szabályozás kizárólag az 5. cikk (2) bekezdése értelmében tisztességtelennek tekintendő esetekre vonatkozik-e.

Az átlagfogyasztó magatartásának jelentős torzítására való alkalmasság

A jogi követelmények egyezősége

95. A vita tárgyát képező szabályozás és a 2005/29 irányelv előírásai között mindenképpen messzemenő tartalmi egyezőség áll fenn az 5. cikk (2) bekezdésének b) pontjában foglalt követelmény tekintetében, mivel az UWG 9a. §-ának (1) bekezdése értelmében vett tilos kiegészítő kedvezmény megállapításához az osztrák bíróságok megszorító értelmezése szerint is az szükséges, hogy annak a meghirdetése, kínálása vagy nyújtása „tárgyilagosan alkalmas […] legyen arra, hogy a megszólított fogyasztó magatartását objektíve befolyásolja". Ennek az osztrák ítélkezési gyakorlat által kifejlesztett követelménynek az 5. cikk (2) bekezdésének b) pontja alapján történő átértelmezésére vonatkozó lehetőségre a kérdést előterjesztő bíróság egyébként az előzetes döntéshozatalra utaló határozatában maga is utal[72]. Ezzel szemben nem állnak fenn kétségek, ha e lényegében szó szerint azonos nemzeti jogi követelménynek a közösségi jogival egyező értelmet tulajdonítanak.

A hatály egyezősége

96. „A fogyasztók gazdasági magatartásának jelentős torzítása" alatt a 2. cikk e) pontja értelmében az e rendelkezésben szereplő jogi meghatározás szerint azt kell érteni, hogy az „a kereskedelmi gyakorlat olyan célból történő alkalmazása, hogy érzékelhető módon rontsa a fogyasztó tájékozott döntés meghozatalára

71 – Ebben az értelemben Abbamonte, G., az 57. lábjegyzetben hivatkozott mű, 21. o.; Massaguer, J., *El nuevo derecho contra la competencia desleal – La Directiva 2005/29/CE sobre las Prácticas Comerciales Desleales*, Cizur Menor 2006., 58. o.; Maione, N., „Le pratiche commerciali sleali nella direttiva 2005/29/CE", *Lezioni di diritto privato europeo*, 2007., 1068. o.

72 – Lásd az előzetes döntéshozatalra utaló határozat 10. oldalát.

való képességét, és amely ezáltal olyan ügyleti döntés meghozatalára ösztönzi a fogyasztót, amelyet egyébként nem hozott volna meg". Az e szabályozás által védett jogi tárgy a fogyasztó döntési szabadsága[73].

97. Még ha a kérdést előterjesztő bíróság az előzetes döntéshozatalra előterjesztett kérdésében általánosságban az UWG 9a. §-a (1) bekezdése 1. pontjának az irányelvvel való összeegyeztethetősége iránt érdeklődik is, az alapeljárás szempontjából nem az UWG 9a. §-a (1) bekezdése 1. pontjának a hatálya alá tartozó valamennyi eset (folyóiratok és bónuszok) tekintetében való összeegyeztethetősége, hanem csak a folyóiratok és nyereményjátékok összekapcsolása tekintetében való összeegyeztethetősége bír jelentőséggel. Fejtegetéseikben az eljárás résztvevői is elsősorban a kapcsolt ajánlatok e rendkívül különleges, a fogyasztóvédelem szempontjából nem problémamentes formájára hivatkoznak. Ezen okból a következőkben csak e konkrét kereskedelmi gyakorlat által a fogyasztói magatartásra gyakorolt hatások részletesebb vizsgálatára lesz szükség.

98. Az osztrák kormány szerint teljesül az áruk és nyereményjátékok összekapcsolásával összefüggésben fent említett követelmény[74]. Az osztrák kormány azt állítja, hogy a fogyasztó éppen az alapesetbeli, viszonylag alacsony kiskereskedői áron kapható időszaki nyomtatványok esetében fog a nyerési esély alapján nem objektív okokból a főtermék megvásárlása mellett dönteni. Éppen ebben az esetben alkalmas az aránytalanul nagy nyereménnyel kecsegtető nyereményjátékon történő ingyenes részvétel lehetősége arra, hogy a fogyasztó vásárlási magatartását a sajtóágazatban jelentősen torzítsa.

99. Az osztrák kormány azt a nézetet osztja, hogy a reklámpiaci nyereményjátékok tétje mindenképpen alkalmas a játékkedv felkeltésére. Amint azt már a Plus-ügyben ismertetett indítványomban[75] kifejtettem, az ilyen játékok különösen az adott esetben igen nagy nyeremény reménye miatt gyakorolnak bizonyos vonzerőt az emberekre. A játékok képesek a lehetséges ügyfelek figyelmének felkeltésére, és arra, hogy ezt a kiválasztott reklámstratégia keretében meghatározott célokra irányítsák. Nehéz tehát teljesen megalapozatlannak

73 – A fogyasztó gazdasági érdeke azonban nem. Abbamonte, G., az 57. lábjegyzetben hivatkozott mű, 23. o., szerint e szabály azon alapfeltevésből indul ki, hogy a tisztességtelen kereskedelmi gyakorlat rendszerint torzítja a fogyasztó választását, mivel befolyásolja a döntési szabadságát, illetve képességét. Ennek következtében a fogyasztók olyan árukat vásárolnak, amelyekre nincs szükségük, vagy olyanokat, amelyeket más esetben – a befolyásolás nélkül – alacsonyabb minőségűnek tekintettek volna. A 2005/29 irányelv 5. cikke (2) bekezdésének b) pontja mindazonáltal nem követeli meg, hogy a fogyasztót gazdasági kár érje. Az ilyen tényállási követelmény a szerző véleménye szerint helytelen lett volna, mivel lényegesen csökkentette volna a fogyasztóvédelemnek az Európai Unión belüli szintjét.

74 – Lásd az osztrák kormány írásbeli észrevételeinek 20. oldalán szereplő 51. pontot.

75 – A 20. lábjegyzetben hivatkozott főtanácsnoki indítvány 93. pontja.

tekinteni azon érvet, hogy az ilyen kereskedelmi gyakorlat bizonyos körülmények között jelentősen torzíthatja a fogyasztó vásárlási magatartását a sajtóágazatban.

100. Kétséges azonban, hogy egy ilyen általánosító megközelítés minden további nélkül összeegyeztethető-e a közösségi jog előírásaival, mivel a 2005/29 irányelv egyrészt – mint már láttuk – megkívánja az egyedi eset körülményeinek a nemzeti bíróságok és hatóságok általi átfogó értékelését ahhoz, hogy egy adott kereskedelmi gyakorlat tisztességtelen voltára lehessen következtetni[76], másrészt az adott promóciós intézkedés hatásmódját érintő vizsgálat céljából az átlagfogyasztót, illetve egy fogyasztói csoport átlagtagját veszi alapul.

101. Amint a (18) preambulumbekezdésből kiderül, az átlagfogyasztónak a 2005/29 irányelvben használt fogalma a „megfelelően tájékozott, figyelmes és körültekintő” fogyasztó vonatkozásában pontosan a Bíróság ítélkezési gyakorlatában kialakított eszményképnek[77] felel meg, és e tekintetben„társadalmi, kulturális és nyelvi tényezőkre” kell figyelemmel lenni. A (18) preambulumbekezdés utolsó mondata pontosítja az átlagfogyasztó fogalmát, és ennek keretében hangsúlyozza, hogy ez „nem statisztikai alapú”. Ezenfelül szükséges, hogy „a nemzeti bíróságok és hatóságok – az Európai Bíróság esetjogának figyelembevételével – saját mérlegelési jogkörükben határozzák meg az átlagfogyasztó adott esetben tanúsított jellegzetes viselkedését”.

102. A valamely promóciós intézkedés által az átlagfogyasztóra gyakorolt hatások vizsgálatának a Bíróság által kimunkált módszere az arányosság elvén alapszik. Az egyrészt a fogyasztóvédelmi cél, másrészt az áruk mozgásának a szabad verseny által jellemzett belső piacon történő elősegítésével összefüggő szükségszerűség közötti megfelelő egyensúly megteremtését célozza. A közösségi jogalkotó a 2005/29 irányelvvel jelenleg e módszert szabályozza, és ennek keretében a vizsgálat

76 – Lásd a jelen indítvány 76–78. pontját.

77 – A Bíróság ítélkezési gyakorlatában kialakított fogyasztói eszményképre vonatkozóan lásd a C-373/90. sz. X-ügyben 1992. január 16-án hozott ítélet (EBHT 1992., I-131. o.) 15. és 16. pontját; a C-210/96. sz., Gut Springenheide és Tusky ügyben 1998. július 16-án hozott ítélet (EBHT 1998., I-4657. o.) 31. pontját; a C-108/97. és C-109/97. sz., Windsurfing Chiemsee egyesített ügyekben 1999. május 4-én hozott ítélet (EBHT 1999., I-2779. o.) 29. pontját; a C-220/98. sz. Estée Lauder ügyben 2000. január 13-án hozott ítélet (EBHT 2000., I-117. o.) 27. pontját; a C-30/99. sz., Bizottság kontra Írország ügyben 2001. június 21-én hozott ítélet (EBHT 2001., I-4619. o.) 32. pontját; a C-99/01. sz., Linhart és Biffl ügyben 2002. október 24-én hozott ítélet (EBHT 2002., I-9375. o.) 31. pontját; a C-44/01. sz. Pippig Augenoptik ügyben 2003. április 8-án hozott ítélet (EBHT 2003., I-3095. o.) 55. pontját; a C-363/99. sz. Koninklijke KPN Nederland ügyben 2004. február 12-én hozott ítélet (EBHT 2004., I-1619. o.) 77. pontját; a C-218/01. sz. Henkel-ügyben 2004. február 12-én hozott ítélet (EBHT 2004., I-1725. o.) 50. pontját; a C-421/04. sz. Matratzen Concord ügyben 2006. március 9-én hozott ítélet (EBHT 2006., I-2303. o.) 24. pontját és a C-356/04. sz. Lidl Belgium ügyben 2006. szeptember 19-én hozott ítélet (EBHT 2006., I-8501. o.) 78. pontját.

feladatát – a Bíróság ítélkezési gyakorlatával összhangban – a nemzeti bíróságokra és hatóságokra bízza. Ez az azonos kereskedelmi gyakorlatok egyes tagállamok általi eltérő megítélésének veszélyét hivatott elhárítani a fogyasztók és a versenytársak által élvezett magasabb fokú jogbiztonság érdekében[78].

103. A „szokásosan tájékozott, ésszerűen figyelmes és körültekintő átlagos fogyasztó" alapulvételét jogi szempontból úgy kell értelmezni, hogy a két cél közötti megfelelő viszony biztosításához megfelelően magas követelményeket kell támasztani az 5. cikk (2) bekezdésének b) pontja szerinti tényállás teljesítésével szemben. Eszerint nem minden kereskedelmi gyakorlat tekinthető tényállásszerűnek pusztán a vásárlásra vonatkozó döntés befolyásolására való alkalmassága okán. A fogyasztót a közösségi jog sokkal inkább képesnek tartja arra, hogy a bizonyos kereskedelmi gyakorlatok által hordozott veszélyeket felismerje, és azokat megfelelő racionalitással kezelje[79]. Ez szabályozáspolitikai szempontból is következetes, ha nem akarjuk a reklám valamennyi, bizonyos körülmények között ugyan provokatív, általánosságban azonban ártalmatlannak tekintett formáját eleve tisztességtelennek és így tiltásra érdemesnek minősíteni[80].

104. Miként azt az alapeljárás alperese véleményem szerint helyesen kifejti[81], az átlagfogyasztó manapság rendszerint tudatában van annak, hogy a reklám és az eladásösztönzés egy szabad piacgazdaságban nem csupán az áru árával és minőségével igyekszik ügyfeleket szerezni, hanem járulékos hasznok sokaságát ígéri. E hasznok lehetnek érzelmi természetűek, mint például a szabadság és a függetlenség érzését vagy egy meghatározott társadalmi csoporthoz tartozást közvetítő reklám esetében, vagy kizárólag gazdasági haszonnal járó járulékos hasznok, mint a kiegészítő kedvezmények. Ezért logikus, hogy a közösségi jog által meghatározott szabályozási

78 – Abbamonte, G., a 57. lábjegyzetben hivatkozott mű, 25. o., arra utal, hogy a 2005/29 irányelvvel a közösségi jogalkotó jelenleg ezt a néhány tagállam bírósága által nem alkalmazott módszert szabályozza. A szerző véleménye szerint ez csökkenti az azonos kereskedelmi gyakorlatok Európai Unión belüli eltérő megítélésének veszélyét, és növeli a jogbiztonságot. Hasonlóképpen Wiebe, A., a 38. lábjegyzetben hivatkozott mű, 75. o., és Micklitz, H. W., „Das Konzept der Lauterkeit in der Richtlinie 2005/29/EG", *Droit de la consommation/Konsumentenrecht/Consumer law, Liber amicorum Bernd Stauder*, Bázel 2006., 311. o. Weatherill, S., az 58. lábjegyzetben hivatkozott mű, 135. o., kijelenti, hogy az átlagfogyasztó alapulvétele a különböző fogyasztói magatartásokra tekintettel ugyan mesterségesnek tűnhet, de nélkülözhetetlen egy működő, harmonizált szabályozási rendszerhez.

79 – Lecheler, H., „Verbraucherschutz", in: *Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts* (kiadja: Manfred Dauses), 2. kötet, München 2004., H. V, 27. pont, 11. o., úgy értelmezi a Bíróság (a jelen indítvány 77. lábjegyzetben hivatkozott) ítélkezési gyakorlatát, hogy egy főszabály szerint ésszerűen és figyelmesen eljáró fogyasztó szolgál alapul, aki képes tájékozódni, és képes az önrendelkezésre.

80 – Így Maione, N., a 71. lábjegyzetben hivatkozott mű, 1068. o., utal arra, hogy a közösségi jogalkotó szándéka szerint nem minden, a fogyasztó vásárlási magatartását befolyásoló kereskedelmi gyakorlatot kell megtiltani, hanem csak azokat, amelyek sértik a szakmai gondosság követelményeit azáltal, hogy hátrányosan befolyásolják a fogyasztó döntési szabadságát.

81 – Lásd az alapeljárás alperese írásbeli észrevételeinek 10. oldalát.

kereten belül a megfelelően tájékozott, figyelmes és körültekintő fogyasztóra bízzuk, hogy a terméket a hirdetett előnyök, illetve annak minősége vagy éppen alacsony ára miatt vásárolja-e meg[82].

105. A valamennyi általános törvényi tilalomban benne rejlő feltételezés, miszerint egy áru és egy nyereményjáték közötti minden kapcsolat az általa hordozott tényleges veszélyre, valamint az érintett címzetti kör sajátosságaira tekintet nélkül veszélyes és ezért tiltandó, mindazonáltal nem felelne meg a fogyasztó közösségi jogi eszményképének. Annak végeredményben a fogyasztó feletti gyámkodásnak kellene tűnnie[83]. Ez egyidejűleg aránytalanul korlátozná az áruk és szolgáltatások szabad mozgását. Egy ilyen tilalom ugyanis túllépne azon a mértéken, ami ahhoz szükséges, hogy mind a fogyasztói érdekekre, mind az áruk és szolgáltatások szabad mozgására tekintettel legyünk.

Következtetés

106. Összefoglalva megállapítható, hogy a kapcsolt ajánlatok vonatkozásában az UWG 9a. §-a (1) bekezdésének 1. pontjában előírt tilalom az osztrák ítélkezési gyakorlat által képviselt megszorító értelmezésre figyelemmel a 2005/29 irányelv előírásainak nem megfelelő jogalkotói mérlegelésen nyugszik.

107. Jóllehet e következtetés már elegendő ahhoz, hogy az előzetes döntéshozatalra előterjesztett első kérdésre igenlő választ adjunk, a következőkben – a kérdést előterjesztő bíróság és az osztrák kormány által kifejtettekre válaszul – másodlagosan a vita tárgyát képező szabályozásnak az irányelv

82 – Ugyanebben az értelemben Kucsko, G., a 39. lábjegyzetben hivatkozott mű, 709. o., aki kételkedik abban, hogy a bónuszokról szóló, 1929. évi törvény (amelyre a kiegészítő kedvezmények UWG 9a. §-a (1) bekezdésének 1. pontjában foglalt tilalma végső soron visszanyúlik) előkészítő anyagainak alapjául szolgáló érvelésnek manapság még kellő súly lenne tulajdonítható. A mai fogyasztó lényegesen körültekintőbb és tájékozottabb. A reklám világa is gyökeresen megváltozott az utóbbi évtizedekben. A fogyasztó sokkal nagyobb mértékben van kitéve az egyáltalán nem minden esetben objektív reklámoknak, és ehhez hozzá van szokva. Bizonyos márkák „imázsát" a termék tulajdonképpeni tulajdonságaival már régóta semmiféle kapcsolatban nem álló asszociációkkal töltik meg. Másfelől a fogyasztók kritikai ítélőképessége az objektív összehasonlító tesztek közzététele, a jóváhagyási jelek, a kritikus hangvételű fogyasztói folyóiratok stb. révén nem csupán az érintett tesztelt termékek vonatkozásában, hanem általánosságban is élesedett. A fogyasztó ezért manapság sokkal inkább képes annak önálló megítélésére, hogy hagyni kívánja-e magát „nem objektív módon elcsábítani", vagy hogy számára a főtermék ára túl magas-e. A kiegészítő kedvezmény esetében a fogyasztó egyébként többet – valós árut vagy szolgáltatást – kap a megfoghatatlan „imázsnál". A fogyasztó védelmével összefüggő gyámkodó érv manapság már nem meggyőző.

83 – Heidinger, R., a 17. lábjegyzetben hivatkozott mű, 46. o., és Wittmann, H., „EuGH: Zugabenverbot vor dem Fall?", *Medien und Recht*, 6/2008., 284. o., magukévá teszik a kérdést előterjesztő bíróság által az előzetes döntéshozatalra utaló határozatban megfogalmazott kétségeket. Utalnak arra, hogy a 2005/29 irányelv 5. cikke (2) bekezdésének alapjául szolgáló nagykorú fogyasztó eszményképe az alapesetben a tisztességtelen kereskedelmi gyakorlat feltételezése ellen szól. Az ilyen széles körű fogyasztóvédelem ellentétben áll a nagykorú fogyasztó korképével, akinek főszabály szerint szabadságában kell állnia, hogy gazdasági döntéseit akár nem objektív megfontolások alapján hozza meg.

5. cikkének (2) bekezdése szerinti további feltételekkel való összeegyeztethetőségét fogom megvizsgálni.

A szakmai gondosság követelményének megsértése

108. Az egyik nyilvánvaló különbség az irányelvi előírásokhoz képest abban érhető tetten, hogy a vita tárgyát képező rendelkezés megszorítóan értelmezve is teljesen lemond a szakmai gondosság követelménye megsértésének – az irányelv 5. cikke (2) bekezdésének a) pontjában előírt – lényeges feltételéről.

109. Az osztrák kormány ezzel összefüggésben előadja, hogy a szakmai gondosság követelménye tulajdonképpen közvetetten szolgál a vita tárgyát képező szabályozás alapjául, mivel ez utóbbi a verseny védelmét célozza a fogyasztók játékszenvedélyének kihasználásával összefüggő veszéllyel szemben. A szakmai gondosság követelményének betartását az egyes esetekben az adott szakmára vonatkozó követelmények alapján a nemzeti bíróságnak kell megvizsgálnia[84]. Ezt az érvelést úgy kell értelmezni, hogy a vita tárgyát képező nemzeti szabályozás ezt a követelményt is átülteti, még ha a hatáskörrel és illetékességgel rendelkező bíróság általi helyesbítő értelmezés útján is.

A jogi követelmények egyezősége

110. A nemzeti jog kapcsán tett ezen megállapítások mindazonáltal nem meggyőzőek, hiszen a kérdést előterjesztő bíróság ezzel összefüggésben kifejezetten utal arra, hogy az osztrák bíróságok – a fogyasztói magatartás jelentős torzításával kapcsolatos, már említett követelmény esetétől eltérően[85] – nem vizsgálhatják, hogy a kiegészítő kedvezmény meghirdetése, kínálása vagy nyújtása alapvetően tisztességtelen-e, mert ellentétes a szakmai gondosság követelményeivel[86]. A kérdést előterjesztő bíróságnak ezért kétségei vannak azt illetően, hogy a kiegészítő kedvezmények jelenleg hatályos általános tilalma összeegyeztethető lehet-e a 2005/29 irányelvvel.

Következtetés

111. A kérdést előterjesztő bíróság megállapításai így az én álláspontomat támasztják alá, miszerint a kapcsolt ajánlatok vonatkozásában az UWG 9a. §-a (1) bekezdésének

84 – Lásd az osztrák kormány írásbeli észrevételeinek 19. oldalán szereplő 47. pontot.

85 – Lásd a jelen indítvány 95. pontját.

86 – Lásd az előzetes döntéshozatalra utaló határozat 10. oldalát.

1. pontjában előírt tilalom az irányelv előírásait az 5. cikk (2) bekezdésének a) pontjában felállított követelmény tekintetében sem elégíti ki. Ennélfogva a vita tárgyát képező szabályozásban nem állapítható meg az 5. cikk (2) bekezdésének a) pontja szerinti jogi követelmények egyezősége. Azt sem támasztották alá, hogy a tisztességtelen kereskedelmi gyakorlatokra vonatkozó osztrák jogban létezne egy olyan másik követelmény, amely hozzávetőlegesen megfelel az 5. cikk (2) bekezdésének a) pontjában foglalt jogi követelményeknek.

112. Tekintettel arra a tényre, hogy ez már elegendő ahhoz, hogy a vita tárgyát képező szabályozásnak a 2005/29 irányelv 5. cikkének (2) bekezdésével való összeegyeztethetetlenségére következtessünk, nem látom szükségét, hogy a vizsgálatot az irányelv e rendelkezése alapján folytassam.

c) Következtetés

113. Az UWG 9a. §-a (1) bekezdésének 1. pontjához hasonló nemzeti szabály, amely a kapcsolt ajánlatok általános tilalmát rendeli el, anélkül hogy előírná a konkrét eset összes körülménye kellő figyelembevételének a lehetőségét, természeténél fogva megszorítóbb és szigorúbb, mint a 2005/29 irányelv szabályai.

114. Ebben az összefüggésben meg kell állapítani, hogy az UWG 9a. §-a (1) bekezdésének 1. pontja olyan területet érint, amely teljes harmonizáció alá tartozik, és amelyre nem vonatkoznak az irányelv 3. cikke (5) bekezdésének átmeneti rendelkezései. Az eljárás résztvevőinek egyike sem támasztotta alá, hogy a vita tárgyát képező nemzeti szabályozást az irányelv (9) preambulumbekezdésében felsorolt területek valamelyikéhez kellene sorolni[87]. Éppily kevésbé alkalmazandók az irányelv 3. cikkének (9) bekezdésében meghatározott kivételek.

115. A kapcsolt ajánlatok vonatkozásában az UWG 9a. §-a (1) bekezdésének 1. pontjában előírt – a fent ismertetett módon megszorítóan értelmezett – általános tilalom végeredményben az irányelv I. mellékletében foglalt kimerítő felsorolás bővítésére vezet, ami a 2005/29 irányelvvel végbement teljes és maximális harmonizációra tekintettel azonban

87 – Mint Schuhmacher, W., a 21. lábjegyzetben hivatkozott mű, 131. o., helytállóan megjegyzi, a 2005/29 irányelv (9) preambulumbekezdése a teljes harmonizáció bizonyos korlátait sorolja fel. Mindazonáltal a jelen előzetes döntéshozatali eljárásban az eljárás résztvevőinek egyike sem mutatta be kifejezetten, hogy e korlátokat az alapesetre alkalmazni kellene. Objektív megközelítés mellett sem tűnik úgy, hogy ez lenne a helyzet.

éppen hogy tiltott a tagállamok számára[88]. E felsorolásnak a tagállamok részéről történő egyoldalú bővítése arra tekintettel, hogy az az 5. cikk (5) bekezdése értelmében csak magának az irányelvnek a módosítása – vagyis az EK 251. cikk szerinti együttdöntési eljárás – útján módosítható, tilos.

116. A fenti megfontolásokra tekintettel úgy vélem, hogy az UWG 9a. §-a (1) bekezdésének 1. pontjában foglalthoz hasonló tagállami szabályozás a megszorító értelmezés ellenére sem felel meg a 2005/29 irányelv előírásainak.

A belső piacon kedvezményes áron történő árusításról szóló rendeletre vonatkozó bizottsági javaslat visszavonásáról

117. Az osztrák kormány érvelésének egy részét a belső piacon kedvezményes áron történő árusításról szóló rendeletre vonatkozó, a Bizottság által végül visszavont javaslat[89] egyes rendelkezéseire alapítja. Ezek többek között az ingyenes juttatásoknak, kiegészítő kedvezményeknek vagy a promóciós és nyereményjátékokon történő részvétel lehetőségének a kínálására vonatkozó szabályokat tartalmaztak. Az osztrák kormány úgy véli, hogy e tervezet visszavonása arra enged következtetni, hogy a szabályozási terület, amelyet a kedvezményes áron történő árusításról szóló rendelettervezet felölelt volna, továbbra is szabályozatlan, és azt a 2005/29 irányelv nem fedi le.

118. A kapcsolt ajánlatok jogi kezelésére vonatkozó bizottsági javaslat visszavonásával járó következmények kapcsán már a VTB-VAB és Galatea egyesített ügyekben[90] és a Plus-ügyben[91] ismertetett indítványaimban részletesen állást foglaltam. Az ok a belga és a német kormány ezen ügyekben előadott, lényegében egybehangzó érvelése volt. Ezen ügyekben kifejtettem, hogy véleményem szerint miért nem vonhatók le következtetések sem a belső piacon kedvezményes áron történő árusításról szóló rendeletre vonatkozó bizottsági javaslatból, sem pedig a jogalkotási eljárás során benyújtott módosító javaslatokból a 2005/29 irányelv értelmezésére nézve.

88 – Abbamonte, G., az 57. lábjegyzetben hivatkozott mű, 21. o., arra utal, hogy a tagállamok maguk nem bővíthetik a tiltott kereskedelmi gyakorlatoknak a 2005/29 irányelv I. mellékletében található kimerítő listáját. Amennyiben ez megengedett lenne számukra, úgy ez az irányelv által célzott maximumharmonizáció megkerülésével járna, ami meghiúsítaná a jogbiztonság célját. Keirsbilck, B., a 14. lábjegyzetben hivatkozott mű, 522. o., a tiltott kereskedelmi gyakorlatoknak az I. mellékletben található listáját kimerítő listaként jellemzi.

89 – A belső piacon kedvezményes áron történő árusításról szóló európai parlamenti és tanácsi rendeletre vonatkozó, 2002. január 15-i bizottsági javaslat, COM(2001) 546. végleges.

90 – A 15. lábjegyzetben hivatkozott főtanácsnoki indítvány 90–94. pontja.

91 – A 20. lábjegyzetben hivatkozott főtanácsnoki indítvány 106–111. pontja.

119. A fent említett javaslat ugyanis egy közösségi jogi normára vonatkozik, amely mindazonáltal sosem lépett hatályba, és így sosem vált a közösségi jogrend részévé. Ezért az nem vehető figyelembe minden további nélkül értelmezési tárgyként. Ez különösen igaz akkor, ha a Bizottság e javaslatot – mint az említett rendelettervezet esetében – önszántából vonja vissza. Emlékeztetni kell arra, hogy a Bizottság javaslattételi joggal rendelkezik, és így lehetősége van arra, hogy javaslatát visszavonja. Ettől eltekintve figyelemmel kell lenni arra, hogy e javaslatokhoz a jogalkotási eljárás során a Tanács és a Parlament számos módosítást fűzhet, így ezek mint értelmezési eszközök csupán korlátozottan vehetők igénybe[92]. Egy ilyen rendelet végleges változatáról ezért csak találgatni lehet. Enynyiben egy ilyen javaslat nem alkalmas a bizalomvédelem megalapozására.

120. A tagállam még kevésbé hivatkozhat eredményesen a bizalomvédelemre, ha mindkét jogalkotási eljárásban megfelelően részt vett. A rendelet és a 2005/29 irányelv jogalkotási eljárásai részben egy időben zajlottak. Az osztrák kormány a Tanácsban képviselt tagállam alkotmányos képviselőjeként mindkét jogalkotási eljárásban megfelelően részt vett, és ezért mindig tájékoztatást kapott azok előrehaladásáról. Ezért jogerősen nem hivatkozhat arra, hogy nem volt tudomása a két jogalkotási eljárás eseményeiről.

121. A Bíróság hangsúlyozta a tagállamok Tanácsban képviselt kormányainak különleges felelősségét az irányelvek átültetése terén. Így abból a körülményből, hogy az irányelvek előkészítő munkáiban részt vesznek, arra következtetett, hogy olyan helyzetben kell lenniük, hogy a megállapított határidőn belül a végrehajtásukhoz szükséges jogszabályi szövegeket kidolgozzák[93].

122. Ezért az osztrák kormánynak adott esetben legkésőbb a bizottsági javaslat visszavonásának időpontjában[94] meg kellett volna

92 – Lásd a még folyamatban lévő C-484/08. sz. Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid ügyben 2009. október 29-én ismertetett indítványom 83. pontját. Ebben az értelemben Riesenhuber, K., „Die Auslegung", in: *Europäische Methodenlehre*, Berlin 2006., 257. o., 31. pont. A szerző kifejti, hogy az európai magánjogban központi szerepet játszik a történeti értelmezés, amely az előzményekre és a keletkezés történetére terjed ki. Amennyiben az értelmezés célja a jogalkotó szándékának kiderítése, először is azt kell meghatározni, hogy kinek a szándéka az irányadó. Demokratikus legitimációval rendelkező jogalkotónak csak azon jogalkotó szervek tekinthetőek, akiknek egyetértését bírja a konkrét esetben szereplő jogi aktus. Ezzel szemben különböző szervek csak konzultációra jogosultak, és a Bizottságnak is csak kezdeményezési jogköre van, valamint arra vonatkozó lehetősége, hogy visszavonja javaslatait, amelyek a jogalkotási eljárás során tetszőlegesen módosíthatóak. Amennyiben a Bizottság javaslatait, illetve kívánságait nem fogadják el, ezekből adott esetben (de nem feltétlenül) *a contrario* érvek adódhatnak.

93 – A 301/81. sz., Bizottság kontra Belgium ügyben 1983. március 1-jén hozott ítélet (EBHT 1983., 467. o.) 11. pontja és a C-319/99. sz., Bizottság kontra Franciaország ügyben 2000. november 23-án hozott ítélet (EBHT 2000., I-10439. o.) 10. pontja.

94 – A Bizottságnak a rendeletre vonatkozó javaslat visszavonására irányuló döntése a HL 2006. C 64. 3. oldalán került közzétételre. Mindenesetre a Bizottság ezt a döntését már előre jelezte az „elbírálás alatt álló jogalkotási javaslatok átvizsgálásának eredménye" című 2005. szeptember 27-i közleményében, COM (2005) 462 végleges, 10. o.

vizsgálnia, mennyiben terjed ki a 2005/29 irányelv tárgyi hatálya az eddig a tervezett rendelet által lefedett területekre. Az ilyen eljárás szükségessége nyilvánvaló volt, főképp mivel az irányelv eredeti változata szerint azért készült, hogy egyrészt általános, szubszidiárius szabályokat vezessen be a közösségi fogyasztóvédelmi jog területén, és másrészt a tisztességtelen kereskedelmi gyakorlatok tagállami szabályainak teljes harmonizációját érje el[95]. Mivel a visszavonásra olyan időpontban került sor, amikor az irányelv átültetésének határideje még nem telt le, az osztrák jogalkotó feladata volt, hogy ezt a felismerést a nemzeti jog közelítése során figyelembe vegye.

123. Végezetül meg kell jegyezni, hogy a Bíróság a VTB-VAB és Galatea egyesített ügyekben hozott ítéletben nem foglalkozott a belga kormány lényegében azonos érvelésével, miáltal közvetetten azt juttatta kifejezésre, hogy azzal nem ért egyet. Ez végül a Plus-ügyben hozott ítéletben nyert megerősítést[96].

95 – Így Stuyck, J., a 18. lábjegyzetben hivatkozott mű, 161. o., aki azon feltételezésének ad hangot, hogy némely tagállam nyilvánvalóan nem volt tisztában azzal, hogy a visszavont rendelettervezet szabályait, amelyek a vállalkozások és a fogyasztók közötti viszonyt érintették, végül a 2005/29 irányelv (a teljes harmonizációt kitűző céljára tekintettel) ismét felölelte.

96 – Az 5. lábjegyzetben hivatkozott Plus-ügyben hozott ítélet 33. pontja.

124. Így ezt az érvet el kell utasítani.

5. Következtetések

125. Összefoglalva megállapítható, hogy először is a vita tárgyát képező nemzeti szabályozásnak a 2005/29 irányelv előírásaival való összeegyeztethetősége ellen szól az a körülmény, hogy az előbbi általános tilalomként olyan szabályozási struktúrát mutat, amely a konkrét kereskedelmi gyakorlat tisztességességének megítélését az egyedi esetben nem teszi az irányelvvel azonos mértékben lehetővé[97].

126. Meg kell állapítani továbbá, hogy a vita tárgyát képező nemzeti szabályozásban az osztrák ítélkezési gyakorlat által képviselt megszorító értelmezés alapulvétele mellett sem fedezhető fel az irányelv 5. cikkének (2), (4) és (5) bekezdésében foglalt szabályozások szabályszerű átültetése. Ez arra vezethető vissza, hogy a nemzeti jog törvényi feltételei vagy nem felelnek meg az irányelv által a kereskedelmi gyakorlat tisztességtelenné minősítésével szemben szabott feltételeknek, vagy nem értelmezhetők az irányelvvel összhangban.

97 – Lásd a jelen indítvány 76–79. pontját.

127. Mivel az irányelvvel ellentétes az UWG 9a. §-a (1) bekezdésének 1. pontja által előírthoz hasonló, kapcsolt ajánlatokra vonatkozó tilalom, nem szükséges az alapvető szabadságok esetleges sérelmének a vizsgálata[98].

128. E körülmények között az előzetes döntéshozatalra előterjesztett első kérdésre azt a választ kell adni, hogy az olyan nemzeti szabályozás, amely alapján tilos időszaki lapokhoz csatolt ingyenes kiegészítő kedvezmények meghirdetése, kínálása vagy nyújtása, illetve, amely alapján az ingyenes kiegészítő kedvezmények más árukhoz vagy szolgáltatásokhoz történő csatolása a kimerítő jelleggel felsorolt kivételeken túlmenően tilos, anélkül, hogy az egyedi esetben meg kellene vizsgálni ennek a kereskedelmi gyakorlatnak a megtévesztő, agresszív, vagy egyébként tisztességtelen jellegét, abban az esetben is ellentétes a 2005/29 irányelv rendelkezéseivel, ha ez a szabályozás nem csak a fogyasztóvédelem célját, hanem olyan más célokat is szolgál, amelyekre az irányelv tárgyi hatálya nem terjed ki, mint például a sajtó sokszínűségének a fenntartása vagy a gyengébb versenytársak védelme.

129. Ezzel összefüggésben végezetül emlékeztetni kell arra, hogy – szemben azzal, ahogy azt a kérdést előterjesztő bíróság feltételezni tűnik[99] – a Bíróság ítélkezési gyakorlata szerint[100] a közösségi jog nem követeli meg okvetlenül, hogy a nemzeti bíróságok a magánszemélyek közötti jogvitában az irányelvvel nem összeegyeztethető nemzeti jogot ne alkalmazzák.

C – Az előzetes döntéshozatalra előterjesztett második kérdésről

130. Az előzetes döntéshozatalra előterjesztett második kérdés – ésszerű értelmezés mellett – lényegében annak a Bíróság általi megállapítására irányul, hogy valamely meghatározott kereskedelmi gyakorlat bizonyos – a kérdést előterjesztő bíróság által nyilvánvalóan adottnak vett – körülmények között a 2005/29 irányelv 5. cikkének (2) bekezdése értelmében „tisztességtelennek" tekinthető-e. A kérdést előterjesztő bíróság a fejtegetéseiben konkrétan abból a feltevésből indul ki, hogy „egy nyereményjátékban való részvételnek egy újság megvásárlásához kapcsoltan történő lehetővé tétele az érintett kör legalábbis egy része számára ugyan nem az egyetlen, minden bizonnyal azonban a döntő indoka az újság megvételének". Ez a jellemző elsősorban

98 – Lásd a 4. lábjegyzetben hivatkozott VTB-VAB és Galatea egyesített ügyekben hozott ítélet 67. pontját.

99 – Lásd az előzetes döntéshozatalra utaló határozat 13. oldalán szereplő 2.2. pontját. A kérdést előterjesztő bíróság e pontban saját bevallása szerint az UWG 9a. §-a (1) bekezdése 1. pontjának „tárgytalanságából" indul ki arra az esetre, ha a Bíróság az előzetes döntéshozatalra előterjesztett első kérdésre igenlő választ adna.

100 – Az irányelvek horizontális közvetlen hatályához lásd a 64. lábjegyzetben hivatkozott Marleasing-ügyben hozott ítélet 6. pontját, a 64. lábjegyzetben hivatkozott Faccini Dori-ügyben hozott ítélet 24. és azt követő pontját, valamint a C-443/93. sz. Unilever Italia ügyben 2000. szeptember 26-án hozott ítélet (EBHT 2000., I-7535. o.) 50. pontját. Az állam felelősségének megállapítása iránti közösségi jogi kereset azon esetbeli lehetőségéhez, ha a nemzeti rendelkezések nem értelmezhetők az irányelvvel összeegyeztethető módon, lásd a C-178/94., C-179/94. és C-188/94–C-190/94. sz., Dillenkofer és társai egyesített ügyekben 1996. október 8-án hozott ítéletet (EBHT 1996., I-4845. o.), a C-111/97. sz. EvoBus Austria ügyben 1998. szeptember 24-én hozott ítélet (EBHT 1998., I-5411. o.) 27. és 28. pontját, valamint a C-81/98. sz. Alcatel Austria ügyben 1999. október 28-án hozott ítélet (EBHT 1999., I-7671. o.) 49. és 50. pontját.

azon kérdés tisztázása szempontjából releváns, hogy a konkrét esetben megvalósul-e az átlagfogyasztó gazdasági magatartásának az irányelv 5. cikke (2) bekezdésének b) pontja értelmében vett jelentős torzítása.

131. Az irányelv 5. cikke (2) bekezdésének b) pontja leszögezi, hogy elsősorban az adott kereskedelmi gyakorlat azon átlagfogyasztó magatartására gyakorolt hatása bír jelentőséggel, akihez eljut, vagy aki a címzettje. Ezen irányelvi rendelkezés mindazonáltal nem csupán átveszi a Bíróság által kidolgozott vizsgálati módszert, hanem tovább is finomítja azt azáltal, hogy olyan helyzetekhez is hozzáigazítja, amelyekben különleges csoportok érintettek[101]. Ha egy meghatározott kereskedelmi gyakorlat egy bizonyos fogyasztói csoportra irányul, az bír jelentőséggel, hogy e kereskedelmi gyakorlat jelentősen torzítja vagy torzíthatja-e e csoport átlagtagjának a gazdasági magatartását. E vizsgálat során ezen átlagfogyasztó szemszögét kell alapul venni, és ennek során többek között várakozásaira és valószínű reakciójára is figyelemmel kell lenni[102].

132. Tekintettel arra, hogy az alapeljárás alperese által az újságjában közölt, a nyereményjátékon történő részvételre buzdító felhívás nyilvánvalóan egy általános újságban, nem pedig például egy sportújságban jelent meg, a nemzeti bíróság feladata elvégezni annak vizsgálatát, hogy ez az ajánlat bizonyos körülmények között mennyiben irányul egy különleges olvasói csoportra, és mennyiben alkalmazandó erre tekintettel a második vizsgálati mérce.

133. Ennek ellenére emlékeztetni kell arra, hogy ahhoz, hogy az 5. cikk (2) bekezdése értelmében vett tisztességtelen kereskedelmi gyakorlatra következtethessünk, együtt kell teljesülniük az a) és b) pont szerinti követelményeknek[103]. A szakmai gondosság követelményei megsértésének ezért az alapesetben szintén meg kellene valósulnia. A „szakmai gondosság" fogalmát az irányelv 2. cikkének h) pontjában úgy határozzák meg, hogy az „a szakismeret és a gondosság azon szintje, amelynek gyakorlása ésszerűen elvárható a kereskedőtől a fogyasztóval szemben, a becsületes piaci gyakorlatnak és/vagy a jóhiszeműség általános alapelvének megfelelően, a kereskedő tevékenységi körében". A nemzeti bírónak részleteiben kell megvizsgálnia, hogy az alapesetben fennáll-e ilyen jogsértés.

134. Ennélfogva az előzetes döntéshozatalra előterjesztett második kérdésre azt a választ kell adni, hogy nem minősül önmagában már azért tisztességtelen kereskedelmi gyakorlatnak a 2005/29 irányelv 5. cikkének (2) bekezdése értelmében az, ha a valamely nyereményjátékban való részvételt egy újság megvásárlásához kapcsoltan teszik lehetővé, mert ez a részvételi lehetőség az érintett kör legalábbis egy része számára ugyan nem az egyetlen, minden bizonnyal azonban a döntő indoka az újság megvételének.

101 – Ugyanebben az értelemben Abbamonte, G., az 57. lábjegyzetben hivatkozott mű, 25. o., aki e vizsgálati módszer módosítása útján megvalósított finomításról beszél, ha különleges csoportok érdekei érintettek.

102 – Abbamonte, G., az 57. lábjegyzetben hivatkozott mű, 25. o., példákat ad e szabályozás alkalmazására. Ha a kereskedelmi gyakorlat egy bizonyos fogyasztói csoportra – például gyermekekre vagy úrhajótechnikusokra – irányul, akkor e csoport átlagtagjának szemszögét kell alapul venni. A szerző véleménye szerint egy gyermekeknek szóló műsor keretében sugárzott játékreklám esetében a célcsoportba tartozó átlagos gyermek várakozásait és valószínű reakcióit kell alapul venni, egy kivételesen éretlen gyermek várakozásait és reakcióit pedig figyelmen kívül kell hagyni.

103 – Lásd a jelen indítvány 93. pontját.

VII — Végkövetkeztetések

135. A fenti megfontolásokra tekintettel azt javasolom, hogy a Bíróság az Oberster Gerichtshof előzetes döntéshozatalra előterjesztett kérdéseit a következőképpen válaszolja meg:

„1. A belső piacon az üzleti vállalkozások fogyasztókkal szemben folytatott tisztességtelen kereskedelmi gyakorlatairól, valamint a 84/450/EGK tanácsi irányelv, a 97/7/EK, a 98/27/EK és a 2002/65/EK európai parlamenti és tanácsi irányelvek, valamint a 2006/2004/EK európai parlamenti és tanácsi rendelet módosításáról szóló, 2005. május 11-i 2005/29/EK európai parlamenti és tanácsi irányelv (»irányelv a tisztességtelen kereskedelmi gyakorlatokról«) rendelkezéseit úgy kell értelmezni, hogy az UWG 9a. §-a (1) bekezdésének 1. pontjához hasonló olyan nemzeti szabályozás, amely alapján tilos időszaki lapokhoz csatolt ingyenes kiegészítő kedvezmények meghirdetése, kínálása vagy nyújtása, illetve, amely alapján az ingyenes kiegészítő kedvezmények más árukhoz vagy szolgáltatásokhoz történő csatolása a kimerítő jelleggel felsorolt kivételeken túlmenően tilos, anélkül, hogy az egyedi esetben meg kellene vizsgálni ennek a kereskedelmi gyakorlatnak a megtévesztő, agresszív, vagy egyébként tisztességtelen jellegét, abban az esetben is ellentétes az említett rendelkezésekkel, ha ez a szabályozás nem csak a fogyasztóvédelem célját, hanem olyan más célokat is szolgál, amelyekre az irányelv tárgyi hatálya nem terjed ki, mint például a sajtó sokszínűségének a fenntartása vagy a gyengébb versenytársak védelme.

2. Nem minősül önmagában már azért tisztességtelen kereskedelmi gyakorlatnak a 2005/29 irányelv 5. cikkének (2) bekezdése értelmében az, ha a valamely nyereményjátékban való részvételt egy újság megvásárlásához kapcsoltan teszik lehetővé, mert ez a részvételi lehetőség az érintett kör legalábbis egy része számára ugyan nem az egyetlen, minden bizonnyal azonban a döntő indoka az újság megvételének."