OPINIA RZECZNIKA GENERALNEGO VERICY TRSTENJAK przedstawiona w dniu 24 marca 2010 r.[1]

Spis treści

I — Wprowadzenie ..... I - 10913

II — Ramy prawne ..... I - 10914

A — Prawo wspólnotowe ..... I - 10914

B — Prawo krajowe ..... I - 10916

III — Okoliczności faktyczne, postępowanie przed sądem krajowym i pytania prejudycjalne ..... I - 10917

IV — Postępowanie przed Trybunałem ..... I - 10918

V — Główne argumenty stron ..... I - 10919

A — W przedmiocie pierwszego pytania prejudycjalnego ..... I - 10919

B — W przedmiocie drugiego pytania prejudycjalnego ..... I - 10921

VI — Ocena prawna ..... I - 10922

A — Uwagi wstępne ..... I - 10922

B — W przedmiocie pierwszego pytania prejudycjalnego ..... I - 10923

1. Pojęcie „praktyk handlowych" w art. 2 lit. d) dyrektywy 2005/29 ..... I - 10924

2. Podmiotowy zakres stosowania dyrektywy 2005/29 ..... I - 10924

a) Zakres objęty dyrektywą 2005/29 ..... I - 10925

1 — Język oryginału: niemiecki

b) Funkcja ochronna zakazu określonego w § 9a ust. 1 pkt 1 UWG .... I - 10928

i) W przedmiocie różnego wartościowania poszczególnych dóbr chronionych ..... I - 10928

ii) Analiza mających zastosowanie przepisów krajowych i orzecznictwa ..... I - 10930

c) Wniosek ..... I - 10932

3. Analiza struktury obu uregulowań prawnych ..... I - 10932

a) Przepisy dyrektywy 2005/29 ..... I - 10932

i) Całkowita i maksymalna harmonizacja przepisów krajowych jako cel dyrektywy ..... I - 10933

ii) Struktura przepisów dyrektywy 2005/29 ..... I - 10934

b) Przepisy UWG ..... I - 10935

i) Przedstawienie struktury zakazu ustanowionego w § 9a ust. 1 pkt 1 UWG ..... I - 10936

4. Zgodność spornego przepisu z dyrektywą 2005/29 ..... I - 10937

a) Stanowione prawo krajowe ..... I - 10937

i) Odwrócenie schematu normatywnego ..... I - 10937

ii) Niewystarczający charakter odstępstw wymienionych w § 9a ust. 2 UWG ..... I - 10938

iii) Wniosek częściowy ..... I - 10939

b) Możliwość dokonania wykładni zgodnej z dyrektywą ..... I - 10940

i) Analiza na gruncie przepisów dyrektywy ..... I - 10941

— Artykuł 5 ust. 4 i 5 dyrektywy 2005/29 ..... I - 10941

— Artykuł 5 ust. 2 dyrektywy 2005/29 ..... I - 10943

c) Wniosek ..... I - 10950

5. Wnioski końcowe ..... I - 10953

C — W przedmiocie drugiego pytania prejudycjalnego ..... I - 10954

VII — Wnioski ..... I - 10956

I — Wprowadzenie

1. W niniejszym postępowaniu w trybie prejudycjalnym zgodnie z art. 234 WE [2] austriacki Oberster Gerichtshof (sąd najwyższy, zwany dalej „sądem krajowym") zwraca się do Trybunału z wnioskiem o rozpatrzenie dwóch pytań prejudycjalnych odnoszących się do wykładni dyrektywy 2005/29/WE dotyczącej nieuczciwych praktyk handlowych na rynku wewnętrznym [3] (zwanej dalej „dyrektywą 2005/29"). Przy tym chodzi zasadniczo o kwestię zgodności z prawem wspólnotowym uregulowania krajowego, zgodnie z którym zapowiadanie, oferowanie lub przyznawanie nieodpłatnych dodatków do druków periodycznych, jak również zapowiadanie nieodpłatnych dodatków do innych towarów lub usług jest niedozwolone bez konieczności badania w indywidualnym przypadku, czy dana praktyka handlowa wprowadza w błąd.

2 — Zgodnie z traktatem z Lizbony zmieniającym Traktat o Unii Europejskiej i Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską z dnia 13 grudnia 2007 r. (Dz.U. C 306, s. 1) postępowanie w trybie prejudycjalnym uregulowane jest obecnie w art. 267 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej.

3 — Dyrektywa 2005/29/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 maja 2005 r. dotycząca nieuczciwych praktyk handlowych stosowanych przez przedsiębiorstwa wobec konsumentów na rynku wewnętrznym oraz zmieniająca dyrektywę Rady 84/450/EWG, dyrektywy 97/7/WE, 98/27/WE i 2002/65/WE Parlamentu Europejskiego i Rady oraz rozporządzenie (WE) nr 2006/2004 Parlamentu Europejskiego i Rady („dyrektywa o nieuczciwych praktykach handlowych") (Dz.U. L 149, s. 22).

2. Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym został złożony w następstwie wniosku Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG (zwanej dalej „skarżącą w postępowaniu przed sądem krajowym") w postępowaniu o przyznanie tymczasowej ochrony prawnej, w drodze którego zmierza ona do nałożenia na „Österreich"-Zeitungsverlag GmbH (zwaną dalej „pozwaną w postępowaniu przed sądem krajowym") obowiązku zaniechania antykonkurencyjnego używania dodatku, co do zasady niedozwolonego w prawie krajowym, w postaci konkursu z nagrodami.

3. Niniejsza sprawa stanowi po sprawach połączonych C-261/07 (VTB-VAB) i C-299/07 (Galatea) [4], jak również po sprawie C-304/08 (Plus) [5] już trzecią z rzędu sprawę rozpatrywaną w trybie prejudycjalnym, w której sąd krajowy zwraca się do Trybunału z pytaniem o zgodność krajowych zakazów składania ofert wiązanych z przepisami dyrektywy 2005/29. Jedną z zasadniczych kwestii, która odróżnia niniejszą sprawę od pozostałych i z tego względu podlega wnikliwej analizie prawnej, jest to, czy badanie zgodności możliwe jest także wówczas, gdy rzekomym celem danego uregulowania krajowego jest ochrona zarówno pluralizmu mediów, jak i konkurentów.

4 — Wyrok z dnia 23 kwietnia 2009 r. w sprawach połączonych C-261/07 i C-299/07 VTB-VAB i Galatea, Zb.Orz. s. I-2949.

5 — Wyrok z dnia 14 stycznia 2010 r. w sprawie C-304/08 Plus, Zb.Orz. s. I-217.

II — Ramy prawne

A — *Prawo wspólnotowe*

4. Artykuł 1 dyrektywy 2005/29 ma następujące brzmienie:

„Celem niniejszej dyrektywy jest przyczynienie się do właściwego funkcjonowania rynku wewnętrznego i osiągnięcie wysokiego poziomu ochrony konsumentów poprzez zbliżenie przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych państw członkowskich odnoszących się do nieuczciwych praktyk handlowych szkodzących interesom gospodarczym konsumentów".

5. Artykuł 2 dyrektywy 2005/29 stanowi, co następuje:

„Do celów niniejszej dyrektywy:

[…]

d) »praktyki handlowe stosowane przez przedsiębiorstwa wobec konsumentów« (zwane dalej również »praktykami handlowymi«) oznaczają każde działanie

przedsiębiorcy, jego zaniechanie, sposób postępowania, oświadczenie lub komunikat handlowy, w tym reklamę i marketing, bezpośrednio związane z promocją, sprzedażą lub dostawą produktu do konsumentów;

[…]".

6. Artykuł 3 ust. 1 dyrektywy stanowi, co następuje:

„Niniejszą dyrektywę stosuje się do nieuczciwych praktyk handlowych w rozumieniu art. 5, stosowanych przez przedsiębiorstwa wobec konsumentów przed zawarciem transakcji handlowej dotyczącej produktu, w trakcie jej zawierania oraz po jej zawarciu".

7. Artykuł 4 dyrektywy ma następujące brzmienie:

„Państwa członkowskie nie mogą ograniczać swobody świadczenia usług ani swobodnego przepływu towarów z przyczyn związanych z dziedziną zbliżoną niniejszą dyrektywą [w której niniejsza dyrektywa dokonuje zbliżenia przepisów]".

8. Artykuł 5 dyrektywy, zatytułowany „Zakaz nieuczciwych praktyk handlowych", stanowi:

„1. Nieuczciwe praktyki handlowe są zabronione.

2. Praktyka handlowa jest nieuczciwa, jeżeli:

a) jest sprzeczna z wymogami staranności zawodowej

i

b) w sposób istotny zniekształca lub może w sposób istotny zniekształcić zachowanie gospodarcze względem produktu przeciętnego konsumenta, do którego dociera bądź do którego jest skierowana, lub przeciętnego członka grupy konsumentów, jeżeli praktyka handlowa skierowana jest do określonej grupy konsumentów.

3. Praktyki handlowe, które mogą w sposób istotny zniekształcić zachowanie gospodarcze wyłącznie dającej się jednoznacznie zidentyfikować grupy konsumentów szczególnie podatnej na tą praktykę lub na produkt,

którego ona dotyczy, ze względu na niepełnosprawność fizyczną lub umysłową, wiek lub łatwowierność, w sposób racjonalnie możliwy do przewidzenia przez przedsiębiorcę, oceniane są z perspektywy przeciętnego członka tej grupy. Pozostaje to bez uszczerbku dla powszechnej i zgodnej z prawem praktyki reklamowej polegającej na wygłaszaniu przesadzonych twierdzeń lub twierdzeń, których nie należy rozumieć dosłownie.

4. Za nieuczciwe uznaje się w szczególności praktyki handlowe, które:

a) wprowadzają błąd w rozumieniu art. 6 i 7

lub

b) są agresywne w rozumieniu art. 8 i 9.

5. Załącznik I zawiera wykaz praktyk handlowych, które uznaje się za nieuczciwe w każdych okolicznościach. Wykaz ten obowiązuje jednolicie we wszystkich państwach członkowskich i może zostać zmodyfikowany wyłącznie poprzez zmianę niniejszej dyrektywy".

9. Zapowiadanie, oferowanie ani przyznawanie nieodpłatnych dodatków do druków periodycznych nie są ujęte w załączniku I dyrektywy jako praktyki handlowe, które uznaje się za nieuczciwe w każdych okolicznościach.

B — *Prawo krajowe*

10. Paragraf 9a ust. 1 austriackiej Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (ustawy o nieuczciwej konkurencji, zwanej dalej „UWG") [6] ma następujące brzmienie:

„Kto w obrocie handlowym w celach konkurencyjnych:

1. zapowiada w publicznych ogłoszeniach lub innych komunikatach skierowanych do większego kręgu osób, że obok towarów i usług przyzna konsumentom nieodpłatne dodatki (premie), lub oferuje, zapowiada lub przyznaje konsumentom obok druków periodycznych nieodpłatne dodatki (premie) lub

6 — Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb 1984 – UWG, BGBl. nr 448, zmieniona ustawą z dnia 13 listopada 2007 r., BGBl. I nr 79/2007.

2. oferuje, zapowiada lub przyznaje przedsiębiorcom obok towarów lub usług nieodpłatne dodatki (premie),

może zostać pozwany o zaniechanie i odszkodowanie. Stosuje się to również wtedy, gdy nieodpłatność dodatku jest zakamuflowana ceną ogólną towarów i usług, ceną pozorną dodatku lub w inny sposób".

III — Okoliczności faktyczne, postępowanie przed sądem krajowym i pytania prejudycjalne

11. Zgodnie z informacjami przekazanymi przez sąd krajowy do sądu tego należy rozstrzygnięcie sporu między dwoma podmiotami konkurującymi na austriackim rynku gazet codziennych, który wynikł z zapowiedzi przez pozwaną w postępowaniu przed sądem krajowym w jej gazecie wyboru „piłkarza roku". W wytłuszczonym wprowadzeniu do artykułu zostało napisane: „Opłaca się wziąć udział: Wygraj kolację ze zwycięzcą wielkiego konkursu na piłkarza roku". Po lewej stronie artykułu znajdował się „kupon do głosowania" z napisem „wyciąć i wysłać". Z prawej wskazano na możliwość głosowania przez internet. Podobne artykuły ukazały się w ciągu kolejnych dziewięciu dni.

12. Na wniosek skarżącej sąd pierwszej instancji rozstrzygnął, że zapowiedź ta stanowi niedozwolony dodatek w rozumieniu § 9a ust. 1 pkt 1 UWG i w trybie postanowienia w przedmiocie środka tymczasowego uwzględnił wniosek o nałożenie obowiązku zaniechania takiego zapowiadania. Sąd apelacyjny rozstrzygnął natomiast, że zapowiadanie to nie wywiera istotnego wpływu na rynek, przeciwko czemu skarżąca wniosła do sądu odsyłającego wniosek o przywrócenie postanowienia w przedmiocie środka tymczasowego wydanego przez sąd pierwszej instancji. Zgodnie z pobieżną oceną sądu odsyłającego na podstawie § 9a ust. 1 pkt 1 UWG należałoby uwzględnić ten wniosek skarżącej. Jednakże sąd ten ma wątpliwości, czy dyrektywa sprzeciwia się stosowaniu § 9a ust. 1 pkt 1 UWG, co zależy od wykładni zakresu stosowania tej dyrektywy.

13. Oberster Gerichtshof zawiesił postępowanie i skierował do Trybunału następujące pytania prejudycjalne:

„1) Czy art. 3 ust. 1 i art. 5 ust. 5 dyrektywy 2005/29/WE lub inne przepisy tej dyrektywy stoją na przeszkodzie uregulowaniu krajowemu, zgodnie z którym zapowiadanie, oferowanie lub przyznawanie

nieodpłatnych dodatków do druków periodycznych, jak również zapowiadanie nieodpłatnych dodatków do innych towarów lub usług, z zastrzeżeniem wymienionych enumeratywnie wyjątków, jest niedozwolone bez konieczności sprawdzania w indywidualnym przypadku wprowadzającego w błąd, agresywnego lub w inny sposób nieuczciwego charakteru praktyki handlowej również wtedy, gdy uregulowanie to służy nie tylko ochronie konsumentów, lecz także innym celom, które nie są objęte przedmiotowym zakresem zastosowania tej dyrektywy, przykładowo utrzymaniu pluralizmu mediów lub ochronie słabszych konkurentów?

2) W przypadku odpowiedzi twierdzącej na pytanie pierwsze: czy umożliwienie udziału w grze związane z zakupem gazety stanowi nieuczciwą praktykę w rozumieniu art. 5 ust. 2 dyrektywy 2005/29/WE z samego tego powodu, że przynajmniej dla części zainteresowanego kręgu odbiorców ta możliwość udziału stanowi wprawdzie nie jedyny, ale decydujący powód zakupu gazety?"

IV — Postępowanie przed Trybunałem

14. Postanowienie odsyłające z dnia 18 listopada 2008 r. wpłynęło do sekretariatu Trybunału w dniu 4 grudnia 2008 r.

15. Strony postępowania przed sądem krajowym, rządy Republiki Austrii i Królestwa Belgii oraz Komisja Europejska przedłożyły uwagi na piśmie w terminie określonym w art. 23 statutu Trybunału.

16. Na rozprawie, która odbyła się w dniu 19 stycznia 2010 r., swoje uwagi przedstawili pełnomocnicy procesowi stron postępowania przed sądem krajowym, pełnomocnicy rządu Republiki Austrii i Republiki Federalnej Niemiec oraz pełnomocnik Komisji.

V — Główne argumenty stron

A — *W przedmiocie pierwszego pytania prejudycjalnego*

17. W pierwszym pytaniu sąd krajowy zmierza w istocie do ustalenia, czy przepis prawa krajowego, który co do zasady zabrania sprzedaży towarów powiązanej z dodatkami, objęty jest zakresem stosowania dyrektywy 2005/29, mimo że celem tego przepisu nie jest wyłącznie ochrona konsumentów.

18. *Skarżąca w postępowaniu przed sądem krajowym* oraz *rządy austriacki i belgijski* proponują, aby na to pytanie Trybunał udzielił odpowiedzi przeczącej.

19. W tym zakresie wskazują one po pierwsze, że promocja sprzedaży była przedmiotem wniosku dotyczącego rozporządzenia, który to wyraźnie odróżniał traktowanie pod względem prawnym takich środków promocji sprzedaży od nieuczciwych praktyk handlowych objętych obecnie zakresem dyrektywy 2005/29. Jednakże w 2006 r. powyższy wniosek został wycofany przez Komisję, a konkretnie w rok po przyjęciu dyrektywy. Zatem nie można argumentować, że promocja sprzedaży w sposób dorozumiany objęta jest zakresem stosowania dyrektywy. Ponadto z uwagi na to, że dyrektywa, zgodnie z jej motywem 6, służy bezpośredniej ochronie interesów gospodarczych konsumentów, dyrektywy tej nie można stosować w odniesieniu do przepisów krajowych, takich jak w postępowaniu przed sądem krajowym, które priorytetowo realizują inne cele, mianowicie ochronę konkurentów i utrzymanie pluralizmu mediów, a tylko pośrednio ochronę konsumentów.

20. Pomocniczo s*karżąca w postępowaniu przed sądem krajowym i rząd austriacki* przytaczają, że ustanowiony w art. 9a ust. 1 pkt 1 UWG zakaz sprzedaży powiązanej z dodatkami jest w każdym razie zgodny z dyrektywą.

21. Dyrektywa 2005/29, jak wynika z jej art. 5 ust. 2, umożliwia bowiem państwom członkowskim uznanie za nieuczciwe i odpowiednie zakazanie takich praktyk handlowych, które są sprzeczne z wymogami staranności zawodowej i mogą w sposób istotny zniekształcić zachowanie gospodarcze przeciętnego konsumenta. Skarżąca i rząd austriacki argumentują dalej, że sporny zakaz wynikający z prawa krajowego znajduje zastosowanie jedynie w takiej sytuacji, gdy sąd krajowy stwierdzi, że konsument nabył dany druk, kierując się względami nierzeczowymi i wynikającymi z obietnicy ewentualnego czerpania dodatkowych korzyści, i gdy korzyści te nie są wymienione wśród dodatków

określonych w art. 9a ust. 2 UWG. Ponadto sądy krajowe dokonują odpowiedniej oceny indywidualnych przypadków.

22. Zdaniem *skarżącej w postępowaniu przed sądem krajowym* przepis austriacki istotnie różni się w tym zakresie od przepisów będących przedmiotem spraw połączonych C-261/07 i C-299/07 VTB-VAB i Galatea oraz sprawy C-304/08 Plus, gdyż te ostatnie stanowią zakazy ogólne i z tego względu nie uwzględniają szczególnych okoliczności konkretnego przypadku.

23. Natomiast *pozwana* w *postępowaniu przed sądem krajowym* podnosi, że zgodnie z motywem 6 dyrektywy 2005/29 jej zakres stosowania nie obejmuje tylko tych przepisów prawa krajowego, które wyrządzają szkodę „jedynie" interesom gospodarczym konkurentów lub dotyczą transakcji między przedsiębiorcami. Wyraźnie nie dotyczy to spornego przepisu, gdyż celem art. 9a ust. 1 pkt 1 UWG jest przede wszystkim i bezpośrednio ochrona konsumentów.

24. Ponadto pozwana stoi na stanowisku, że zakaz ustanowiony w tym przepisie jest niezgodny z koncepcją dyrektywy, gdyż mimo że promocja sprzedaży za pomocą dodatków nie widnieje w wykazie praktyk handlowych w załączniku I do dyrektywy 2005/29, które to w każdych okolicznościach uznawane są za nieuczciwe, to – jak stwierdził Oberster Gerichtshof w postanowieniu odsyłającym – jest ona objęta ogólnym zakazem prawa austriackiego.

25. W trakcie rozprawy *rząd niemiecki* nawiązał do sprawy C-304/08 Plus i wskazał, że niezależnie od pełnej harmonizacji, którą ma na celu dyrektywa 2005/29, zakres uznania państw członkowskich w zakresie transpozycji pozostaje nienaruszony. Znajduje to zastosowanie właśnie w odniesieniu do transpozycji do prawa krajowego pojęć niedookreślonych, takich jak występujące w definicjach prawnych zawartych w dyrektywie 2005/29. Ponadto rząd niemiecki reprezentował stanowisko, że dyrektywa 2005/29 nie sprzeciwia się przepisowi krajowemu wówczas, gdy ten ostatni realizuje inne cele niż dyrektywa.

26. Z kolei *Komisja* reprezentuje własne stanowisko i podnosi po pierwsze, że dyrektywa 2005/29 sprzeciwia się istnieniu ogólnego i abstrakcyjnego zakazu, takiego jak określony w spornym przepisie, po drugie jednak dochodzi do wniosku, że przepis ten nie jest objęty zakresem stosowania dyrektywy, gdyż w pierwszym rzędzie służy realizacji innych celów, mianowicie utrzymaniu pluralizmu

mediów, i tylko w niewielkim zakresie służy ochronie konsumentów i uczciwości obrotu handlowego.

29. *Skarżąca w postępowaniu krajowym* ogranicza się do stwierdzenia, że sporne działania pozwanej w postępowaniu przed sądem krajowym stanowią nieuczciwą praktykę handlową, jednakże nie przytacza żadnych argumentów na poparcie tego twierdzenia.

B — *W przedmiocie drugiego pytania prejudycjalnego*

30. Zdaniem *Komisji* sama okoliczność, że umożliwienie udziału w grze stanowi dla konsumenta decydujący powód zakupu gazety, nie prowadzi do stwierdzenia nieuczciwej praktyki w rozumieniu dyrektywy 2005/29, lecz stanowi jedynie jeden z elementów, które sąd krajowy może uwzględnić w ramach oceny indywidualnego przypadku.

27. W razie gdyby na pierwsze pytanie prejudycjalne Trybunał udzielił odpowiedzi twierdzącej, sąd krajowy zwraca się z pytaniem, czy sprzedaż powiązaną z dodatkami należy uznać za nieuczciwą praktykę handlową w rozumieniu art. 5 ust. 2 dyrektywy 2005/29 jedynie z tego powodu, że przynajmniej dla części zainteresowanego kręgu odbiorców możliwość udziału w grze stanowi wprawdzie nie jedyny, ale decydujący powód zakupu towaru.

31. *Pozwana w postępowaniu przed sądem krajowym* podkreśla natomiast, że pojęcie praktyki handlowej odnosi się do przeciętnego konsumenta, który w orzecznictwie Trybunału określony jest jako „właściwie poinformowany, dostatecznie uważny i rozsądny przeciętny konsument". Tak opisany konsument jest świadomy tego, że celem reklamy i promocji sprzedaży w warunkach wolnej gospodarki rynkowej jest pozyskanie klienta, i to nie tylko poprzez cenę i jakość produktu, lecz również poprzez oferowanie innych korzyści. Zatem sprzedaż powiązana z dodatkami tylko w wyjątkowych przypadkach może stanowić nieuczciwą praktykę handlową, a konkretnie wówczas, gdy oferta ma taką formę, która jest w stanie skłonić konsumenta do zakupu produktu nie ze względów rzeczowych, lecz jedynie z powodu obietnicy dodatkowej korzyści.

28. Ze względu na to, że *rządy austriacki* i *belgijski* twierdzą, że na pierwsze pytanie prejudycjalne należy udzielić odpowiedzi przeczącej, nie przedstawiły one uwag w przedmiocie pytania drugiego, natomiast *skarżąca w postępowaniu przed sądem krajowym* i *Komisja* przedstawiły swoje uwagi pomocniczo.

VI — Ocena prawna

A — *Uwagi wstępne*

32. Niniejsza sprawa stanowi już trzeci z wniosków o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym, w których sądy krajowe zwracają się do Trybunału o wyjaśnienie, w jakim zakresie wynikające z prawa krajowego zakazy ofert wiązanych można uznać za zgodne z prawem wspólnotowym na jego obecnym etapie rozwoju. Znaczenie tej kwestii wynika w szczególności z faktu, że celem przyjętej w dniu 11 maja 2005 r. przez Parlament Europejski i Radę dyrektywy 2005/29 jest stworzenie jednolitych ram prawnych regulacji w zakresie nieuczciwych praktyk handlowych względem konsumentów.

33. Z uwagi na zamierzoną całkowitą harmonizację zasad dotyczących nieuczciwych praktyk handlowych między przedsiębiorstwami i konsumentami [7] w państwach członkowskich Wspólnoty przedmiotem analizy jest zgodność z prawem wspólnotowym nie tylko w odniesieniu do tych przepisów, które państwa członkowskie przyjęły w celu transpozycji dyrektywy, lecz właśnie również tych, które – tak jak w przypadku spornego przepisu § 9a ust. 1 UWG – obowiązywały wprawdzie już przed przyjęciem dyrektywy, jednakże które z punktu widzenia danego państwa członkowskiego spełniają funkcję transpozycji dyrektywy.

34. Ze względu na ograniczony zakres uznania przysługujący co do zasady państwom członkowskim w ramach pełnej harmonizacji dyrektyw, utrzymanie w mocy takich starych przepisów wiąże się czasami z problemami natury prawnej. Choć ostatecznie są one objęte zakresem stosowania danej dyrektywy, to jednak często nie spełniają określonych w nich wymogów. Jak wykazały sprawy połączone VTB-VAB i Galatea oraz sprawa Plus, problem taki wystąpił w przypadku transpozycji dyrektywy 2005/29 w Belgii [8] i w Niemczech [9].

7 — Zobacz ww. w przypisie 4 wyrok w sprawach połączonych VTB-VAB i Galatea, pkt 52; ww. w przypisie 5 wyrok w sprawie Plus, pkt 41.
W przypadku ewentualnej dalej idącej harmonizacji prawa nieuczciwej konkurencji i prawa umów w ramach Unii Europejskiej należałoby odpowiednio uwzględnić również wymogi określone w „Draft Common Frame of Reference" (DCFR), gdyż jednym z jego priorytetów jest właśnie ochrona konsumentów, np. poprzez nałożenie na prowadzącego działalność gospodarczą szczególnego obowiązku informowania konsumentów o cechach charakterystycznych nabytych towarów i usług, zob. np. II.-3:102 DCFR. Takie „dobre praktyki handlowe" w pewnym stopniu sprzeciwiają się „praktykom zakazanym" zawartym w załączniku I do dyrektywy 2005/29.

8 — Chodzi tu o art. 54 i nast. belgijskiej ustawy z dnia 14 lipca 1991 r. dotyczącej praktyk handlowych oraz o informowaniu konsumentów i ich ochronie, urzędowe tłumaczenie niemieckie w: *Belgisches Staatsblatt* z dnia 19 stycznia 1994 r.

9 — Przy tym chodziło o §§ 3, 4 pkt 6 niemieckiej Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) [ustawy o nieuczciwej konkurencji], BGBl. I, s. 1414, ostatnio zmienionej art. 1 Erstes Änderungsgesetz [pierwszej ustawy nowelizującej] z dnia 22 grudnia 2008 r., BGBl. I, s. 2949.

35. Zgodnie z art. 20 dyrektywy 2005/29 dyrektywa ta weszła w życie już następnego dnia po jej opublikowaniu w *Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej*, czyli w dniu 12 czerwca 2005 r. Zgodnie z jej art. 19 ust. 1 państwa członkowskie były zobowiązane do przyjęcia przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych niezbędnych do transpozycji dyrektywy do prawa krajowego do dnia 12 czerwca 2007 r., z tym że obowiązuje kolejny sześcioletni termin przejściowy dotyczący określonych bardziej restrykcyjnych przepisów krajowych. Jednakże obowiązek stosowania powyższych przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych istniał dopiero od dnia 12 grudnia 2007 r.

36. Republika Austrii spełniła formalnie obowiązek transpozycji, przyjmując ustawę federalną zmieniającą Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb 1984 – UWG [ustawę federalną o nieuczciwej konkurencji z 1984 r. – UWG] (zwaną dalej „nowelą UWG z 2007 r."), która weszła w życie w dniu 12 grudnia 2007 r. [10]. Jednakże, jak już wskazałam powyżej, sporny przepis § 9a ust. 1 pkt 1 UWG nie został przyjęty w celu transpozycji dyrektywy 2005/29, lecz jego źródłem było wcześniejsze ustawodawstwo [11]. W postanowieniu odsyłającym sąd krajowy podaje w wątpliwość zgodność tego przepisu z prawem wspólnotowym [12].

10 — BGBl. I nr 79/2007.

11 — Określony w § 9a UWG zakaz dodatków uregulowany był pierwotnie w Prämiengesetz z dnia 20 czerwca 1929 r., BGBl. 227, następnie w Zugabengesetz z 1934 r., a ustawą Wettbewerbs-Deregulierungsgesetz z 1992 r., BGBl. 1992/147, został włączony do UWG. Zobacz w przedmiocie genezy tego przepisu D. Duursma, w: *UWG – Kommentar*, hrsg. M. Gumpoldsberger, P. Baumann, Wien 2006, § 9a, pkt 1, s. 276, oraz L. Wiltschek, *UWG – Kommentar*, 2. Aufl., Wien 2007, § 9a, s. 44.

12 — Zobacz m.in. s. 9 i 10 postanowienia odsyłającego.

B — *W przedmiocie pierwszego pytania prejudycjalnego*

37. Tytułem wstępu należy przypomnieć, że w ramach postępowania na podstawie art. 234 WE do Trybunału nie należy orzekanie w przedmiocie zgodności przepisów prawa krajowego z prawem wspólnotowym. Trybunał może natomiast dostarczyć sądowi krajowemu wszystkich elementów wykładni prawa wspólnotowego, które umożliwią mu dokonanie oceny tej zgodności w zawisłej przed nim sprawie [13].

38. Pierwsze pytanie prejudycjalne zmierza do ustalenia, czy dyrektywa 2005/29 sprzeciwia się przepisowi krajowemu takiemu jak § 9a ust. 1 pkt 1 UWG. W tym celu należy zbadać, czy ze względu na swój przedmiot przepis ten jest objęty przedmiotowym i podmiotowym zakresem stosowania dyrektywy 2005/29. W następnej kolejności należy zbadać, czy dyrektywę 2005/29 należy interpretować w ten sposób, że określone w austriackim ustawodawstwie skutki prawne naruszenia tego przepisu objęte są także zakresem stosowania tej dyrektywy.

13 — Zobacz m.in. wyroki: z dnia 15 lipca 1964 r. w sprawie 6/64 Costa, Rec. s. 1141; z dnia 29 listopada 2001 r. w sprawie C-17/00 De Coster, Rec. s. I-9445, pkt 23; z dnia 16 stycznia 2003 r. w sprawie C-265/01 Pansard i in., Rec. s. I-683, pkt 18.

1. Pojęcie „praktyk handlowych" w art. 2 lit. d) dyrektywy 2005/29

39. Zgodnie z informacjami dostarczonymi przez sąd krajowy § 9a ust. 1 pkt 1 UWG zabrania przedsiębiorcom zapowiadania konsumentom nieodpłatnych dodatków do towarów i usług. Zatem należy przyjąć istnienie zakazu ofert wiązanych.

40. Następnie powyższy zakaz powinien obejmować praktyki handlowe w rozumieniu art. 2 lit. d) dyrektywy 2005/29. Przepis ten w sposób szczególnie szeroki definiuje pojęcie praktyki handlowej [14] jako „każde działanie przedsiębiorcy, jego zaniechanie, sposób postępowania, oświadczenie lub komunikat handlowy, w tym reklamę i marketing, bezpośrednio związane z promocją, sprzedażą lub dostawą produktu do konsumentów".

41. Jak już wyczerpująco stwierdziłam w mojej opinii w sprawach połączonych C-261/07 i C-299/07 VTB-VAB i Galatea [15], co Trybunał potwierdził w wyroku w tych sprawach [16], zakazy ofert wiązanych są działaniami handlowymi wyraźnie wpisującymi się w ramy strategii handlowej podmiotów gospodarczych, mającymi za cel promocję i płynność sprzedaży prowadzonej przez te podmioty. Wynika z tego, że są one praktykami w rozumieniu art. 2 lit. d) dyrektywy 2005/29, a zatem ustanowiony w § 9a ust. 1 pkt 1 UWG zakaz ofert wiązanych objęty jest jej zakresem stosowania [17].

2. Podmiotowy zakres stosowania dyrektywy 2005/29

42. Kwestia, czy sporny § 9a ust. 1 pkt 1 UWG objęty jest podmiotowym zakresem stosowania dyrektywy, zależy od tego, czy podobnie jak sama dyrektywa zmierza on do realizacji celu ochrony konsumentów.

14 — Zobacz ww. w przypisie 4 wyrok w sprawach połączonych VTB-VAB i Galatea, pkt 49; ww. w przypisie 5 wyrok w sprawie Plus, pkt 36, 39. Zobacz B. Keirsbilck, Towards a single regulatory framework of unfair commercial practices?, *European business law review*, 4/2009, s. 505, którego zdaniem dyrektywa 2005/29 wyróżnia się swoim bardzo szerokim zakresem stosowania.

15 — Zobacz moją opinię z dnia 21 października 2008 r. w sprawach połączonych VTB-VAB i Galatea (wyrok powołany w przypisie 4), pkt 68–70.

16 — Wyżej wymieniony w przypisie 4 wyrok w sprawach połączonych VTB-VAB i Galatea, pkt 48, 50. Zobacz w związku z kampanią promocyjną uzależniającą bezpłatny udział konsumenta w loterii od nabycia określonej ilości towarów lub usług ww. w przypisie 5 wyrok w sprawie Plus, pkt 37.

17 — Podobnie również R. Heidinger, Zugabenverbot, quo vadis?, *Medien und Recht*, 1/2009, s. 45, którego zdaniem dotyczy to zakresu stosowania dyrektywy 2005/29, gdyż ustanowiony w § 9a UWG zakaz należy uznać za przepis dotyczący nieuczciwych praktyk handlowych stosowanych w odniesieniu do konsumentów.

a) Zakres objęty dyrektywą 2005/29

43. Dyrektywa obejmuje swoim zakresem co do zasady jedynie dziedzinę B2C (business to consumer), to znaczy stosunek między przedsiębiorcami a konsumentami. Wynika to po pierwsze z art. 3 ust. 1, zgodnie z którym dyrektywę stosuje się do nieuczciwych praktyk handlowych stosowanych *przez przedsiębiorstwa wobec konsumentów* przed zawarciem transakcji handlowej dotyczącej produktu, w trakcie jej zawierania oraz po jej zawarciu. Ten związek podkreślony jest szczególnie w motywie 8, zgodnie z którym dyrektywa ta chroni *bezpośrednio jedynie interesy gospodarcze konsumentów* przed nieuczciwymi praktykami handlowymi stosowanymi wobec nich przez przedsiębiorstwa [18].

44. Jednakże uznaję za błędny wniosek, jakoby z dyrektywy wynikało, że w związku z tym interesy gospodarcze działających zgodnie z prawem konkurentów w mniejszym stopniu zasługują na ochronę [19]. Wskazałam na to ostatnio w mojej opinii z dnia 3 września 2009 r. w sprawie C-304/08 Plus w odniesieniu do argumentacji rządu austriackiego w tym przedmiocie [20]. Jak bowiem jednoznacznie wynika z motywu 8, dyrektywa chroni *pośrednio również działające zgodnie z prawem przedsiębiorstwa przed konkurentami*, którzy nie przestrzegają reguł wyznaczonych w tej dyrektywie. Znajduje to normatywny wyraz w art. 11 ust. 1 dyrektywy, z którego wynika obowiązek państw członkowskich, aby w sytuacji działań niezgodnych z dyrektywą zapewniły one legitymację czynną również konkurentom w celu umożliwienia im wszczęcia postępowania sądowego w odniesieniu do takich nieuczciwych praktyk.

45. Najistotniejsza jest treść motywu 6, zgodnie z którym dyrektywa 2005/29 zbliża przepisy prawne państw członkowskich w zakresie

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

19 — Podobnie również H.G. Koppensteiner, Grundfragen des UWG im Lichte der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken, *Wirtschaftsrechtliche Blätter*, 2006, Heft 12, s. 558, w którego opinii błędem byłoby odmawianie dyrektywie 2005/29 jakiegokolwiek znaczenia w stosunkach między przedsiębiorcami. Autor uzasadnia swoją argumentację, powołując się zarówno na motyw 6, jak i na motyw 8, z którego wynika, że bezpośrednio chronione są interesy gospodarcze działających zgodnie z prawem konkurentów, oraz na art. 11 ust. 1 dyrektywy, zgodnie z którym w razie działań niezgodnych z dyrektywą państwa członkowskie zobowiązane są do przyznania legitymacji czynnej także konkurentom. Ten sam autor, Das UWG nach der Novelle 2007, w: *Die Europäisierung des Kartell- und Lauterkeitsrechts*, Tübingen 2009, s. 86, przypis 8, wskazuje na to, że dyrektywa 2005/29 pośrednio chroni także konkurentów.

20 — Zobacz pkt 35 i 64 mojej opinii z dnia 3 września 2009 r. w sprawie C-304/08 Plus.

nieuczciwych praktyk handlowych, które *bezpośrednio* wyrządzają szkodę interesom gospodarczym konsumentów, a tym samym szkodzą *pośrednio* interesom gospodarczym konkurentów działających zgodnie z prawem. Zatem dyrektywa uwzględnia okoliczność, że interesy konsumentów i konkurentów nie zawsze dają się precyzyjnie rozgraniczyć, jako że bardzo często się pokrywają [21]. Wiele praktyk handlowych przedsiębiorców wywiera skutki zarówno na interesy konsumentów, jak i na interesy konkurentów. Mając świadomość tego ścisłego związku, prawodawca wspólnotowy postanowił uwzględnić interes ochrony konsumentów poprzez uregulowanie dotyczące właściwie polityki konkurencji, takie jak przepis zawarty w dyrektywie 2005/29 [22]. Nie istnieje sprzeczność metodologiczna między związaną z polityką konkurencji orientacją dyrektywy na warunki funkcjonowania wspólnego rynku a związaną z funkcją ochronną orientacją normatywną na standardowe interesy europejskich konsumentów [23]. Przykładowo określone w art. 11 ust. 1 dyrektywy przyznanie legitymacji

21 — V. Marsland, Unfair Commercial Practices: Stamping out Misleading Packaging, w: *The regulation of unfair commercial practices under EC Directive 2005/29 – New rules and new techniques*, Norfolk 2007, s. 194, słusznie wskazuje na to, że dyrektywa 2005/29 niezależnie od realizowanej przez nią ochrony konsumentów uznaje fakt, że interesy konsumentów i konkurentów pokrywają się w odniesieniu do nieuczciwych praktyk handlowych oraz że przestrzeganie tych zasad przez wszystkich przedsiębiorców leży we wspólnym interesie konsumentów i konkurentów. E. Büllesbach, *Auslegung der irreführenden Geschäftspraktiken des Anhangs Ider Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken*, München 2008, s. 16, wskazuje na to, że wiele praktyk handlowych przedsiębiorców ma wpływ zarówno na interesy konsumentów, jak i na interesy konkurentów. Zatem w celu uzyskania pożądanych efektów w ramach oceny działań przedsiębiorców pod kątem prawa nieuczciwej konkurencji należy przyjąć wszechstronne podejście w jednakowy sposób uwzględniające interesy wszystkich zainteresowanych. Okoliczność, że ochrona konkurentów i ochrona konsumentów co do zasady stanowią „dwie strony medalu", znajduje wyraz przykładowo w przypadku reklamy wprowadzającej w błąd, która narusza nie tylko interesy gospodarcze konsumentów, lecz również interesy gospodarcze konkurentów w zakresie, w jakim ich możliwości handlowe doznają uszczerbku. To samo znajduje zastosowanie w odniesieniu do oczerniania, które z jednej strony szkodzi osobom niesłusznie krytykowanym, a drugiej strony wypacza podstawę podjęcia decyzji przez błędnie poinformowanego konsumenta. E. Bargelli, L'ambito di applicazione della direttiva 2005/29/CE: La nozione di pratica commercial, w: *Le pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori*, Torino 2007, s. 80, wskazuje na trudność odgraniczenia interesów konsumentów od interesów konkurentów. Zdaniem W. Schuhmachera, The Unfair Commercial Practices Directive, w: *Law Against Unfair Competition – Towards a New Paradigm in Europe*, ed. R.M. Hilty, F. Henning-Bodewig, Berlin/Heidelberg 2007, s. 132, dyrektywa 2005/29 jednoznacznie wskazuje, że w ramach prawa konkurencji istnieją sytuacje, w których nie można rozgraniczyć ochrony konkurentów od ochrony konsumentów.

22 — H. Gamerith, Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken: bisherige rechtspolitische Überlegungen zu einer Neugestaltung des österreichischen UWG, w: *Lauterkeitsrecht im Umbruch*, 2005, s. 157, reprezentuje nawet stanowisko, że zakres regulacji dyrektywy 2005/29 nie rozgranicza faktycznie interesów konsumentów od interesów konkurentów, lecz zawiera „niedoskonały system B2B + B2C", co przemawia za transpozycją dyrektywy do austriackiego prawa nieuczciwej konkurencji.

23 — Podobnie również J. Kessler, Lauterkeitsschutz und Wettbewerbsordnung – Zur Umsetzung der Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken in Deutschland und Österreich, *Wettbewerb in Recht und Praxis*, 2007, Heft 7, s. 716. Zobacz także V. Falce, G. Ghidini, The new regime on unfair commercial practices at the intersection of consumer protection, w: *Competition law and unfair competition, Antitrust between EC law and national law*, 2009, s. 374, którzy stwierdzają, że w dyrektywie 2005/29 prawodawca wspólnotowy wychodzi z założenia, że jedynie wolna konkurencja na rynku wewnętrznym może zapewnić swobodę podejmowania decyzji przez konsumenta.

czynnej umożliwiające zainteresowanym konkurentom podnoszenie roszczeń o zaniechanie przeciwko nieuczciwie działającym konkurentom z całą pewnością może przynieść korzyść ochronie konsumentów [24].

46. Niezależnie od powyższego w celu bardziej precyzyjnego określenia zakresu stosowania dyrektywy wprowadza ona wyraźne rozróżnienie między takimi praktykami handlowymi z jednej strony, które wyrządzają szkodę konsumentom i konkurentom, a takimi praktykami handlowymi z drugiej strony, które mogą wyrządzić szkodę interesom tylko jednej z tych grup podmiotów. Motyw 8 stanowi, iż przyjmuje się, że istnieją inne praktyki handlowe, które chociaż nie szkodzą konsumentom, mogą przynosić szkodę konkurentom i klientom będącym podmiotami gospodarczymi.

47. Jak Trybunał stwierdził w wyroku z dnia 14 stycznia 2010 r. w sprawie Plus, ta druga sytuacja nie jest objęta zakresem stosowania dyrektywy [25], gdyż – jak wynika z motywu 6 – dyrektywa nie dotyczy przepisów prawa krajowego ani nie wpływa na nie w zakresie, w jakim odnoszą się one do nieuczciwych praktyk handlowych szkodzących *jedynie* interesom gospodarczym konkurentów lub dotyczących transakcji między przedsiębiorcami. Także z porównania niektórych wersji językowych dyrektywy 2005/29 [26] wynika, że słowu „jedynie", z uwzględnieniem jego semantyki, przypisuje się zazwyczaj znaczenie wyłączności. W związku z tym motyw 6

24 — Podobnie również H. Gamerith, op.cit. (ww. w przypisie 22), s. 157, którego zdaniem przysługujące poszkodowanym konkurentom roszczenia o zaniechanie przeciwko nieuczciwie działającym konkurentom rozszerzają ochronę konsumentów w zakresie, w jakim chodzi o zakazy skierowane przeciwko wszelkiemu nieuczciwemu wpływowi na swobodę podejmowania decyzji przez konsumenta poprzez wprowadzanie w błąd, działanie z zaskoczenia, kuszenie, wywieranie nacisku itd.

25 — Zobacz ww. w przypisie 5 wyrok w sprawie Plus, pkt 39. Zobacz H.W. Micklitz, Full Harmonization of Unfair Commercial Practices Under Directive 2005/29, *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, 2009, No 4, s. 373, którego zdaniem dyrektywa 2009/25 znajduje zastosowanie do stosunków B2B, o ile spełnione są dwie przesłanki: dana praktyka handlowa dotyczy bezpośrednio interesów konsumentów i pośrednio interesów konkurentów. Autor obawia się, że to ograniczenie zakresu stosowania dyrektywy mogłoby umożliwić nowe strategie obrony. I tak przedsiębiorcy mogliby próbować uzasadniać, że stosowane przez nich praktyki handlowe dotyczą jedynie stosunków B2B.

26 — W wersji niemieckiej: „lediglich"; w wersji duńskiej: „udelukkende"; w wersji angielskiej: „only"; w wersji francuskiej: „uniquement"; w wersji włoskiej: „unicamente"; w wersji niderlandzkiej: „alleen"; w wersji portugalskiej: „apenas"; w wersji słoweńskiej: „samo"; w wersji hiszpańskiej: „sólo".

stanowi również, że uwzględniając w pełni zasadę pomocniczości, państwa członkowskie, jeżeli tak postanowią, nadal będą mogły regulować takie praktyki, w zgodzie z prawem wspólnotowym.

wykraczający poza zamierzoną w dyrektywie ochronę konsumentów.

b) Funkcja ochronna zakazu określonego w § 9a ust. 1 pkt 1 UWG

49. Zakaz ten służy bowiem nie tylko ochronie konsumentów, lecz również utrzymaniu sprawnie funkcjonującej konkurencji oraz ochronie pluralizmu mediów. Zapobieżenie wzajemnemu prześciganiu się konkurentów w oferowaniu kolejnych dodatkowych świadczeń ma na celu ochronę przede wszystkim tych konkurentów, którzy ze względu na ograniczone środki gospodarcze nie są w stanie promować sprzedaży produktów poprzez nieodpłatne dodatki. Taka ochrona jest uzasadniona ze względu na znaczenie mediów jako czynnika opiniotwórczego w społeczeństwie demokratycznym. Podnosił to już rząd austriacki w sprawie C-368/95 Familiapress [29], której przedmiotem była zgodność tego zakazu ze swobodą przepływu towarów, czego nie kwestionował Trybunał, postrzegając w tym zakazie słuszny cel legislacyjny, co do zasady uzasadniający ograniczenie tej swobody.

i) W przedmiocie różnego wartościowania poszczególnych dóbr chronionych

48. W rezultacie powstaje kwestia, czy wynikający z § 9a ust. 1 pkt 1 UWG sporny zakaz ofert wiązanych stanowi taki przepis prawa krajowego, który ma na celu zapobieżenie *jedynie* praktykom handlowym naruszającym interesy gospodarcze konkurentów. Sąd krajowy [27] oraz rząd austriacki [28] wskazują w tym zakresie na to, że sporny zakaz ofert wiązanych, o którym mowa w § 9a ust. 1 pkt 1 UWG, realizuje następny cel legislacyjny

50. Jednakże należy stwierdzić, że oceny znaczenia poszczególnych dóbr chronionych w UWG są w szczegółach rozbieżne.

27 — Zobacz s. 10–12 postanowienia odsyłającego.

28 — Zobacz s. 4 i 5 pisma procesowego rządu austriackiego.

29 — Wyrok z dnia 26 czerwca 1997 r. w sprawie C-368/95 Familiapress, Rec. s. I-3689.

51. Z punktu widzenia sądu krajowego uwzględniającego przypuszczalną ocenę ustawodawcy austriackiego § 9a ust. 1 pkt 1 UWG nie służy głównie celom ochrony konsumentów, lecz „co najmniej w takim samym stopniu" jego przedmiotem jest również ochrona konkurentów i utrzymanie sprawnych relacji rynkowych [30]. Z kolei rząd austriacki wyraźnie kwestionuje ten argument i podnosi, że zakaz ofert wiązanych służy „w pierwszej kolejności" ochronie sprawnie funkcjonującej konkurencji w sektorze mediów [31], jednakże nie dostarcza on przekonujących argumentów na potwierdzenie tego stanowiska, tym bardziej że w ramach jego argumentacji dotyczącej wiązania czasopisma z grą w sprawie przed sądem krajowym wielokrotnie ostrzegał on przed zagrożeniem niedozwolonego wywierania wpływu na konsumentów poprzez wykorzystanie ich skłonności do gry [32]. W mojej opinii nie istnieją większe wątpliwości co do tego, że podłożem powyższych obaw rządu austriackiego są przede wszystkim względy ochrony konsumentów.

52. W przedmiocie powyższej rozbieżności zdań dotyczących wykładni prawa krajowego należy stwierdzić, co następuje.

53. Po pierwsze należy przypomnieć, że procedura określona w art. 234 WE polega na współpracy pomiędzy Trybunałem a sądami krajowymi, w ramach której nie leży w kompetencji Trybunału wypowiadanie się o wykładni przepisów krajowych ani orzekanie o poprawności wykładni stosowanej przez sąd odsyłający [33]. Jednakże z proceduralnego punktu widzenia co do zasady Trybunał jest zobowiązany uwzględnić, zgodnie z podziałem kompetencji między sądami wspólnotowymi a krajowymi, stan faktyczny i prawny, w jaki wpisują się pytania prejudycjalne w postaci takiej jak sformułowana w orzeczeniu odsyłającym [34].

54. Po drugie z materialnoprawnego punktu widzenia taka odmienna ocena jest w końcu nieistotna, gdyż w każdym razie bezsprzeczne jest, że celem § 9a ust. 1 pkt 1 UWG nie jest zakazanie nieuczciwych praktyk handlowych, które w rozumieniu motywu 6 dyrektywy szkodzą *jedynie* interesom gospodarczym konkurentów lub dotyczą transakcji między przedsiębiorcami. Przeciwnie, bezsporne jest,

30 — Zobacz s. 10–12 postanowienia odsyłającego.

31 — Zobacz pkt 11 na s. 4 pisma procesowego rządu austriackiego.

32 — W tym zakresie argumentacja jest podobna do argumentacji rządu niemieckiego przedstawionej w sprawie C-304/08 Plus, której przedmiotem była zgodność przepisu krajowego (§ 4 pkt 6 niemieckiej UWG) zakazującego ofert wiązanych w połączeniu z konkursami z nagrodami lub loteriami. U podstaw tego zakazu leżały przede wszystkim argumenty mające na celu ochronę konsumentów. W przedmiocie argumentacji rządu niemieckiego w tym zakresie zob. moją opinię w tej sprawie z dnia 3 września 2009 r., w szczególności pkt 93, 107.

33 — Zobacz podobnie wyroki: z dnia 3 października 2000 r. w sprawie C-58/98 Corsten, Rec. s. I-7919, pkt 24; z dnia 29 kwietnia 2004 r. w sprawach połączonych C-482/01 i C-493/01 Orfanopoulos i Oliveri, Rec. s. I-5257, pkt 42.

34 — Zobacz wyroki: z dnia 25 października 2001 r. w sprawie C-475/99 Ambulanz Glöckner, Rec. s. I-8089, pkt 10; z dnia 13 listopada 2003 r. w sprawie C-153/02 Neri, Rec. s. I-13555, pkt 34, 35; ww. w przypisie 33 wyrok w sprawach połączonych Orfanopoulos i Oliveri, pkt 42; wyrok z dnia 21 kwietnia 2005 r. w sprawie C-267/03 Lindberg, Zb.Orz. s. I-3247, pkt 41, 42.

że celem § 9a ust. 1 pkt 1 UWG jest zakazanie nieuczciwych praktyk, które stale wywierają wpływ na sektor B2C. Zatem przedmiot § 9a ust. 1 pkt 1 UWG objęty jest zakresem stosowania dyrektywy 2005/29 bez względu na to, czy zakaz ofert wiązanych służy w pierwszym rzędzie ochronie określonego dobra, ochronie interesów konsumentów, konkurentów lub interesu ogólnego, na przykład utrzymaniu pluralizmu mediów. Z tego względu z prawnego punktu widzenia dla celów niniejszego postępowania w trybie prejudycjalnym nie ma znaczenia, czy i w jakim zakresie sporny przepis krajowy, tak jak podnosił rząd austriacki, realizuje dodatkowo cel utrzymania pluralizmu mediów.

ii) Analiza mających zastosowanie przepisów krajowych i orzecznictwa

55. Zważywszy na konieczność udzielenia sądowi krajowemu użytecznych odpowiedzi na sformułowane przez niego pytania prejudycjalne [35], a jednocześnie spełniając nałożony na rzeczników generalnych zgodnie z art. 222 WE obowiązek przedstawienia, przy zachowaniu całkowitej bezstronności i niezależności, uzasadnionych wniosków [36], z przezorności wskazuję, że z analizy odpowiednich przepisów i materiałów legislacyjnych dotyczących UWG wynika, że do ochrony konsumentów ustawodawca austriacki przykładał co najmniej taką samą wagę jak do ochrony konkurentów. I tak z uzasadnienia rządowego projektu nowelizacji UWG z 2007 r. [37] można wywnioskować, że UWG reguluje sektor B2B co do zasady w taki sam sposób, jak sektor

35 — W wyroku z dnia 12 lipca 1979 r. w sprawie 244/78 Union Laitière Normande, Rec. s. 2663, pkt 5, Trybunał stwierdził, że wprawdzie art. 234 WE nie pozwala mu na ocenę względów uzasadniających wniosek prejudycjalny, jednakże konieczność dokonania użytecznej wykładni prawa wspólnotowego może prowadzić do niezbędnego określenia ram prawnych, w które ma wpisywać się wnioskowana wykładnia. Zdaniem K. Lenaertsa, A. Artsa, I. Maselisa, *Procedural Law of the European Union*, 2nd ed., s. 188, pkt 6-021, nic nie stoi na przeszkodzie, aby Trybunał przedstawił swoją ocenę okoliczności faktycznych w postępowaniu przed sądem krajowym oraz niektórych aspektów prawa krajowego jako podstawę pożytecznej wykładni mających zastosowanie przepisów i zasad prawa wspólnotowego.

36 — Zdaniem rzecznika generalnego Ruiza-Jaraba Colomera, La función del Abogado del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, w: *Problèmes d'interprétation*, Bruxelles 2004, s. 334 i nast., opinie powinny służyć sędziom jako podstawa ich narad. Powinny one co do zasady stanowić odpowiedź na wszystkie kwestie prawne pojawiające się w ramach postępowania, przy czym należy wyczerpująco przeanalizować dotychczasowe orzecznictwo Trybunału. Rzecznik generalny podkreśla także wzrastające znaczenie doktryny w ramach analizy tych kwestii prawnych.

37 — W: Erläuterungen zur Regierungsvorlage für ein Bundesgesetz, mit dem das Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb 1984 – UWG geändert wird (UWG-Novelle 2007) [wyjaśnieniach w przedmiocie rządowego projektu ustawy federalnej zmieniającej ustawę o nieuczciwej konkurencji z 1984 r.], opublikowanych w czasopiśmie *Recht und Wettbewerb*, 53. Jahrgang, Nr. 170, Dezember 2007, s. 13, wyjaśniono: „Tak jak w obowiązującej już UWG, projekt reguluje sektor B2B co do zasady w taki sam sposób jak sektor B2C, gdyż ochrona konkurentów i ochrona konsumentów są nierozłączne".

B2C, gdyż z punktu widzenia ustawodawcy austriackiego ochrona konkurentów i konsumentów „są nierozłączne".

56. Jest to zgodne z przeważającą opinią doktryny prawniczej, że w szczególności z tego względu UWG, obok interesów konkurentów i interesu ogólnego, w jednakowym stopniu chroni interesy konsumentów, i z tego powodu przyjmuje „trzy cele ochrony" [38]. Znajduje to zastosowanie również w odniesieniu do będącego w niniejszej sprawie w centrum uwagi przepisu § 9a ust. 1 pkt 1 UWG, którego polegająca na ochronie konsumentów rola jest niekwestionowana w doktrynie prawniczej [39].

57. Ponadto należy stwierdzić, że także zgodnie z orzecznictwem Oberster Gerichtshof [40] – częściowo powołującego się na opinie reprezentowane w doktrynie – uznaje się, że celem zakazu oferowania dodatków ustanowionego w § 9a ust. 1 UWG jest przede

38 — Zdaniem M. Prunbauer, 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. Jahrgang, Nr. 161, September 2003, s. 3, UWG dotyczy co do zasady nie tylko aspektów działań konkurencji pod kątem prawa ochrony konsumentów, lecz w jednakowym stopniu również aspektów związanych z konkurentami i ogółem. Działań promocyjnych nie można postrzegać i oceniać tylko jednostronnie z punktu widzenia konsumenta. Ochrona konkurentów oraz interesów ogółu w ramach sprawnie funkcjonującej konkurencji służą przynajmniej pośrednio także ochronie konsumentów, gdyż w ten sposób również w interesie konsumentów zapewnia się sprawne funkcjonowanie konkurencji. Autorka wysnuwa z tego wniosek, że ani w rzeczywistości życia gospodarczego, ani z punktu widzenia doktryny nie da się użytecznie rozgraniczyć w działaniach konkurencyjnych „elementu konkurencji dotyczącej konsumentów" od „elementu konkurencji dotyczącej przedsiębiorców". Jak wskazuje A. Wiebe, Umsetzung der Geschäftspraktikenrichtlinie und Perspektiven für eine UWG-Reform, *Juristische Blätter*, 129. Jahrgang, Heft 2, Februar 2007, s. 71, w odniesieniu do Austrii i Niemiec od dawna jest bezsprzeczne, że UWG służy ochronie konkurentów, konsumentów i interesów ogółu, jak wyraźnie określa to § 1 nowej niemieckiej UWG. Nieodłączna zbieżność celów ochrony czyni podział przepisów prawnych na sektor dotyczący B2B i B2C z natury rzeczy właściwie niemożliwym. Podobnie również E. Büllesbach, op.cit. (ww. w przypisie 21), s. 15, który wskazuje na trzy cele ochrony (konsument, konkurent, ogół) leżące u podstaw niemieckiego i austriackiego prawa uczciwej konkurencji. H. Lettner, Die Umsetzung der EU-Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken – Eine Bilanz des UWG-Neu in Österreich und Deutschland, *European Law Reporter*, 2009, No 9, s. 313, również wskazuje na to, że celem austriackiej UWG jest łączna ochrona interesów przedsiębiorców, interesów ogółu i interesów konsumentów.

39 — D. Duursma-Kepplinger, op.cit. (ww. w przypisie 11), wskazuje na to, że § 9a UWG służy również ochronie konsumentów (§ 16, pkt 24, s. 808). Celem ustawowego ograniczenia dodatków jest m.in. ochrona nabywców przed niemerytoryczną i wprowadzającą w błąd reklamą oraz uniknięcie wzajemnego prześcigiwania się konkurentów (kolejnymi) dodatkowymi świadczeniami (§ 9a, pkt 2, s. 276). Autorka reprezentuje stanowisko, że właściwym celem UWG jest ogólnoprewencyjna ochrona ogólnych interesów konsumentów w celu ochrony konkurencji przed nieuczciwymi praktykami (§ 16, pkt 26, s. 810). Jak wskazuje M. Horak, Naht das Ende des Zugabenverbots?, w: *Ecolex*, 2008, s. 1138, przyjmuje się, że celem ustanowionego w § 9a UWG zakazu dodatków jest przede wszystkim ochrona konsumentów. Autor odsyła przy tym do powołanego w przypisie 40 niniejszej opinii wyroku Oberster Gerichtshof. Zobacz również G. Kucsko, Zur rechtspolitischen Begründung des Zugabenverbots, w: *Ecolex*, 1992, s. 709, który szkicuje genezę zakazu oferowania dodatków w Austrii od początku XX wieku. Autor wskazuje przy tym, że pierwotnym celem austriackiego „zakazu oferowania dodatków" od czasu jego przyjęcia jest zapobieganie wywieraniu nierzeczowego wpływu na konsumentów w ramach podejmowania decyzji o kupnie oraz ukrywaniu poprzez stosowanie dodatków prawdziwej ceny towaru podstawowego i tym samym wprowadzaniu klienta w błąd. Ponadto ma on przeciwdziałać wzajemnemu prześciganiu się przedsiębiorców na rynku konkurencji.

40 — Zobacz wyrok Oberster Gerichtshof z dnia 9 marca 1999 r. w sprawie Fini's Feinstes, sygnatura akt 4 Ob 28/99t. W wyroku tym stwierdzono: „Celem zakazu oferowania dodatków jest przede wszystkim ochrona konsumentów: Osąd konsumentów – na przykład przy umożliwieniu udziału w grze – nie powinnien być wypaczany poprzez wykorzystywanie skłonności do hazardu i pragnienia wygranej. Decyzja o kupnie powinna zostać podjęta ze względu na jakość i cenę danego towaru oraz po jego obiektywnym racjonalnym porównaniu z innymi towarami, a nie mniej lub bardziej nieopatrznie, ze względu na chęć otrzymania nagrody użytej jako przynęta".

wszystkim ochrona konsumentów. Zgodnie z tym orzecznictwem osąd konsumentów – na przykład w odniesieniu do umożliwienia udziału w grze – nie powinien być wypaczany poprzez wykorzystywanie skłonności do hazardu i pragnienia wygranej.

58. Zatem w wyniku badania mających zastosowanie austriackich przepisów i orzecznictwa należy przyjąć, że zakaz oferowania dodatków wynikający z § 9a ust. 1 pkt 1 UWG służy co najmniej w tym samym stopniu ochronie konsumentów.

c) Wniosek

59. W świetle powyższych rozważań dochodzę do wniosku, że przepis § 9a ust. 1 pkt 1 UWG objęty jest zakresem stosowania dyrektywy 2005/29. Zatem oceny tego przepisu należy dokonać w oparciu o wymogi zawarte w tej dyrektywie [41].

3. Analiza struktury obu uregulowań prawnych

a) Przepisy dyrektywy 2005/29

60. W celu stwierdzenia, czy dyrektywa 2005/29 sprzeciwia się przepisowi krajowemu takiemu jak § 9a ust. 1 UWG, konieczne

41 — Zobacz M. Horak, Zugabenverbot gemeinschaftsrechtswidrig?, w: *Ecolex*, 2009/123, s. 341, w którego opinii pierwsze pytanie prejudycjalne odnosi się do tego, czy zakaz oferowania dodatków per se, który ma chronić zarówno konsumentów, jak i przedsiębiorców, jest zgodny z dyrektywą 2005/29. Zdaniem autora taki zakaz oferowania dodatków per se jest sprzeczny z prawem wspólnotowym, jeśli nie można wyraźnie określić jego zakresu stosowania i ograniczyć go do ofert kierowanych wyłącznie do przedsiębiorców i nienaruszających interesów konsumentów. Paragraf 9a ust. 1 pkt 1 UWG nie spełnia tych przesłanek. Zdaniem H. Lettnera, op.cit. (ww. w przypisie 38), pkt 9, s. 317, okoliczność, że ustanowiony w § 9a ust. 1 pkt 1 UWG zakaz ofert wiązanych służy nie tylko ochronie konsumenta, lecz również innym celom nieobjętym przedmiotowym zakresem stosowania dyrektywy, na przykład utrzymaniu pluralizmu mediów lub ochronie słabszych konkurentów, nie może uzasadniać utrzymania zakazu per se w odniesieniu do sektora B2C obok wykazu stanowiącego czarną listę. Obaj autorzy przyjmują zatem, że sporny przepis krajowy objęty jest zakresem stosowania dyrektywy 2005/29.

jest przeprowadzenie analizy obu uregulowań prawnych w świetle ich celów i struktury normatywnej, a na końcu ich porównanie.

i) Całkowita i maksymalna harmonizacja przepisów krajowych jako cel dyrektywy

61. Jak wskazano na wstępie [42], dyrektywa 2005/29 ma na celu całkowitą harmonizację krajowych przepisów prawnych dotyczących nieuczciwych praktyk handlowych. Dąży się ponadto, inaczej niż to było dotychczas w przypadku sektorowych instrumentów prawnych służących harmonizacji prawa ochrony konsumentów, nie tylko do harmonizacji minimalnej, lecz do maksymalnego zbliżenia krajowych przepisów prawnych, które zabrania państwom członkowskim, poza określonymi wyjątkami, utrzymywania w mocy lub wprowadzania surowszych przepisów, i to niezależnie od tego, czy tego celem jest zapewnienie wyższego poziomu ochrony konsumentów [43]. Wynika to z wykładni zarówno preambuły, jak i przepisów ogólnych tej dyrektywy.

62. Po pierwsze wynika to z jej motywu 11, na mocy którego *zbliżenie* krajowych przepisów prawnych poprzez tę dyrektywę powinno zapewnić wysoki wspólny poziom ochrony konsumentów. Po drugie jej motyw 12 mówi o tym, że konsumenci i przedsiębiorstwa będą mogli polegać na *jednolitych ramach regulacyjnych*, opartych na jasno zdefiniowanych pojęciach prawnych, regulujących wszystkie aspekty nieuczciwych praktyk handlowych w całej Unii Europejskiej. Do metody *zbliżania ustawodawstw* odniesiono się ponownie w art. 1 dyrektywy 2005/29, który wskazuje, że powinna ona służyć polepszeniu ochrony konsumentów i udoskonaleniu rynku wewnętrznego.

63. Cel całościowego i maksymalnego uregulowania na szczeblu wspólnotowym w dziedzinie objętej zakresem stosowania dyrektywy został z kolei wskazany w treści jej motywów 14 i 15, w których mowa jest wyraźnie o *pełnej harmonizacji*. Ponadto wynika to z klauzuli rynku wewnętrznego zawartej w art. 4 dyrektywy 2005/29, na mocy którego państwa członkowskie nie mogą ograniczać swobody świadczenia usług ani swobodnego przepływu towarów z przyczyn związanych z dziedziną, w której dyrektywa ta dokonuje *zbliżenia* przepisów.

42 — Zobacz pkt 33 niniejszej opinii.

43 — Zobacz ww. w przypisie 4 wyrok w sprawach połączonych VTB-VAB i Galatea, pkt 52.

64. Jako wyjątek art. 3 ust. 5 dyrektywy 2005/29 przewiduje, że państwa członkowskie przez okres sześciu lat od dnia 12 czerwca 2007 r. mogą w dziedzinie, w której dyrektywa ta dokonuje zbliżenia przepisów, nadal stosować przepisy krajowe o charakterze bardziej restryktywnym lub nakazowym niż ta dyrektywa. Wyjątek ten dotyczy jednak tylko tych przepisów krajowych, które służą wykonaniu dyrektyw oraz zawierają klauzule minimalnej harmonizacji [44]. Dalsze odstępstwo od pełnej harmonizacji znajduje się wreszcie w art. 3 ust. 9 w odniesieniu do usług finansowych zdefiniowanych w dyrektywie 2002/65/WE oraz w odniesieniu do nieruchomości.

ii) Struktura przepisów dyrektywy 2005/29

65. Sednem dyrektywy 2005/29 jest klauzula generalna zawarta w art. 5 ust. 1, która ustanawia zakaz nieuczciwych praktyk handlowych. Artykuł 5 ust. 2 precyzuje, jakie w szczególności praktyki są „nieuczciwe". Zgodnie z tym przepisem praktyka handlowa jest nieuczciwa, jeżeli po pierwsze jest sprzeczna z wymogami „staranności zawodowej", a po drugie może „w sposób istotny zniekształcić" zachowanie gospodarcze konsumenta. Na podstawie ust. 4 za nieuczciwe uznaje się w szczególności praktyki handlowe, które wprowadzają w błąd (art. 6 i 7) lub są agresywne (art. 8 i 9). Ustęp 5 odsyła do załącznika I i wymienionych tam praktyk handlowych, które „uznaje się za nieuczciwe w każdych okolicznościach". Wykaz ten obowiązuje jednolicie we wszystkich państwach członkowskich i może zostać zmodyfikowany wyłącznie poprzez zmianę dyrektywy.

66. Na stosowanie prawa przez sądy krajowe i organy administracyjne ma to taki wpływ, że najpierw należy odwołać się do zawartego w załączniku I wykazu 31 przypadków nieuczciwych praktyk handlowych. W sytuacji, gdy praktyka handlowa zalicza się do jednego z tych przypadków, musi zostać zakazana; nie dochodzi już wówczas do dalszej analizy, na przykład oddziaływania. Jeżeli do danego stanu faktycznego nie znajduje zastosowania ta lista zakazów, należy zbadać, czy nie zachodzi

44 — Do dyrektyw w rozumieniu art. 3 ust. 5 dyrektywy 2005/29, które zawierają klauzule dotyczące harmonizacji minimalnej, zaliczają się: dyrektywa Rady 85/577/EWG z dnia 20 grudnia 1985 r. w sprawie ochrony konsumentów w odniesieniu do umów zawartych poza lokalem przedsiębiorstwa (Dz.U. L 372, s. 31), dyrektywa Rady 90/314/EWG z dnia 13 czerwca 1990 r. w sprawie zorganizowanych podróży, wakacji i wycieczek (Dz.U. L 158, s. 59), dyrektywa 94/47/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 26 października 1994 r. w sprawie ochrony nabywców w odniesieniu do niektórych aspektów umów odnoszących się do nabywania praw do korzystania z nieruchomości w oznaczonym czasie (Dz.U. L 280, s. 83), dyrektywa 97/7/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 20 maja 1997 r. w sprawie ochrony konsumentów w przypadku umów zawieranych na odległość (Dz.U. L 144, s. 19), dyrektywa 98/6/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 16 lutego 1998 r. w sprawie ochrony konsumenta przez podawanie cen produktów oferowanych konsumentom (Dz.U. L 80, s. 27), dyrektywa Rady 89/552/EWG z dnia 3 października 1989 r. w sprawie koordynacji niektórych przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych państw członkowskich, dotyczących wykonywania telewizyjnej działalności transmisyjnej (Dz.U. L 298, s. 23).

jeden z uregulowanych przykładów klauzuli generalnej – praktyk handlowych wprowadzających w błąd i agresywnych. Jedynie wtedy, gdy tak nie jest, bezpośrednie zastosowanie znajduje klauzula generalna zawarta w art. 5 ust. 1 dyrektywy [45].

b) Przepisy UWG

67. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem każde państwo członkowskie będące adresatem dyrektywy ma obowiązek przyjąć w swoim krajowym porządku prawnym wszystkie niezbędne przepisy w celu zapewnienia pełnej skuteczności dyrektywy, zgodnie z zamierzonymi przez nią celami [46]. Wiąże się z tym obowiązek ustawodawcy krajowego dokonania prawidłowej transpozycji danej dyrektywy do krajowego porządku prawnego [47]. Zgodnie z dosłownym brzmieniem art. 249 akapit trzeci WE postanowienie to pozostawia jednak organom krajowym wybór formy i środków. Ta swoboda wyboru przysługuje w szczególności ustawodawcy krajowemu.

68. Z tego względu w orzecznictwie uznano, że prawidłowa transpozycja dyrektywy niekoniecznie wymaga dosłownego przejęcia przepisów dyrektywy przez wyraźne i konkretne przepisy prawne [48]. Ważniejsze jest raczej, aby prawo krajowe przyjęte w celu transpozycji dyrektywy spełniało wymogi jasności i pewności prawa w celu zapewnienia realizacji całości przepisów dyrektywy w ramach stosowania prawa krajowego przez sądy i organy administracji danego państwa członkowskiego [49].

45 — Podobnie również schemat badania zaproponowany przez G. De Cristofaro, La direttiva 2005/29/CE – Contenuti, rationes, caratteristiche, w: *Le pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori*, Torino 2007, s. 12, oraz F. Henning-Bodewig, Die Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Internationaler Teil*, 2005, Heft 8/9, s. 631.

46 — Zobacz m.in. wyroki z dnia 1 lutego 1977 r. w sprawie 51/76 Verbond van Nederlandse Ondernemingen, Rec. s. 113, pkt 22; z dnia 26 lutego 1986 r. w sprawie 152/84 Marshall, Rec. s. 723, pkt 48; z dnia 24 października 1996 r. w sprawie C-72/95 Kraaijeveld i in., Rec. s. I-5403, pkt 55; z dnia 17 czerwca 1999 r. w sprawie C-336/97 Komisja przeciwko Włochom, Rec. s. I-3771, pkt 19; z dnia 8 marca 2001 r. w sprawie C-97/00 Komisja przeciwko Francji, Rec. s. I-2053, pkt 9; z dnia 7 maja 2002 r. w sprawie C-478/99 Komisja przeciwko Szwecji, Rec. s. I-4147, pkt 15; z dnia 26 czerwca 2003 r. w sprawie C-233/00 Komisja przeciwko Francji, Rec. s. I-6625, pkt 75.

47 — Transpozycja dyrektywy jest nieodłączną częścią dwuetapowej procedury legislacyjnej, przy czym drugi etap znajduje się na poziomie prawa krajowego. Konkretyzacja dyrektywy na poziomie prawa krajowego następuje poprzez materialną transpozycję (zob. w tym zakresie P. Vcelouch, *Kommentar zu EU- und EG-Vertrag*, hrzg. von H. Mayer, Wien 2004, Art. 249, pkt 48, 50, s. 17 i 18).

48 — Zobacz wyroki z dnia 28 lutego 1991 r. w sprawie C-131/88 Komisja przeciwko Niemcom, Rec. s. I-825, pkt 6; z dnia 20 marca 1997 r. w sprawie C-96/95 Komisja przeciwko Niemcom, Rec. s. I-1653, pkt 35; z dnia 15 listopada 2001 r. w sprawie C-49/00 Komisja przeciwko Włochom, Rec. s. I-8575, pkt 21, 22; z dnia 28 kwietnia 2005 r. w sprawie C-410/03 Komisja przeciwko Włochom, Zb.Orz. s. I-3507, pkt 60. Słusznie wskazuje na to D. Seichter, Der Umsetzungsbedarf der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken, w: *Wettbewerb in Recht und Praxis*, 2005, s. 1088, w związku z wymogiem transpozycji dyrektywy 2005/29 do niemieckiego porządku prawnego.

49 — Podobnie M. Ruffert, w: C. Calliess, M. Ruffert (Hrsg.), *Kommentar zu EUV/EGV*, 3. Aufl., 2007, Art. 249, pkt 49, s. 2135. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem transpozycja dyrektywy musi faktycznie zapewnić jej pełne stosowanie. Zobacz m.in. wyroki: z dnia 9 września 1999 r. w sprawie C-217/97 Komisja przeciwko Niemcom, Rec. s. I-5087, pkt 31; z dnia 16 listopada 2000 r. w sprawie C-214/98 Komisja przeciwko Grecji, Rec. s. I-9601, pkt 49; z dnia 11 lipca 2002 r. w sprawie C-62/00 Marks & Spencer, Rec. s. I-6325, pkt 26.

i) Przedstawienie struktury zakazu ustanowionego w § 9a ust. 1 pkt 1 UWG

69. Zgodnie z informacjami sądu krajowego § 9a ust. 1 pkt 1 UWG zakazuje przedsiębiorcom zapowiadania konsumentom nieodpłatnych dodatków do towarów lub usług. Jeżeli towarem podstawowym jest druk periodyczny (gazeta, czasopismo), zakaz rozciąga się również na zwykłe oferowanie i przyznawanie dodatków. Zgodnie z orzecznictwem Oberster Gerichtshof [50] za dodatek uważa się w szczególności związane z nabyciem towaru podstawowego umożliwienie udziału w grze.

70. Jak wynika z postanowienia odsyłającego [51], w orzecznictwie przepis ten interpretowany jest w sposób zawężający, zatem nie każdy nieodpłatny dodatek uznaje się za niedozwolony. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Oberster Gerichtshof stosowanie § 9a ust. 1 pkt 1 UWG wymaga, by kwestionowane zachowanie w konkretnym przypadku a) obiektywnie nadawało się do wywarcia wpływu na konsumenta przy podjęciu decyzji o nabyciu towaru podstawowego (usługi podstawowej) [52] i by zachowanie to (z tego powodu) b) mogło doprowadzić do istotnej zmiany popytu [53]. Z tego względu nie dochodzi już w pewnym sensie do spełnienia przesłanek ustępu 1 z powodu braku niedozwolonego „dodatku" w rozumieniu tego przepisu, jeżeli nie są spełnione powyższe warunki wypracowane przez orzecznictwo [54].

71. Niezależnie od takiej zawężającej wykładni dokonywanej przez orzecznictwo austriackie należy stwierdzić, że sporny przepis § 9a UWG polega na takiej zasadzie reguła – wyjątek, że połączenie dwóch różnych towarów lub usług w celu promocji zbytu jest zakazane zgodnie z ust. 1, jeżeli nie znajdują zastosowania wyjątki określone w ust. 2. Innymi słowy, przepis ten zakazuje łączenia dwóch różnych towarów lub usług w celu promocji

50 — Zobacz s. 10 postanowienia odsyłającego.

51 — Na s. 8 postanowienia odsyłającego sąd krajowy powołuje wyroki wydane przez Oberster Gerichtshof z dnia 20 października 1992 r. w sprawie Welt des Wohnens (sygn. akt 4 Ob 87/92), z dnia 30 stycznia 2008 r. w sprawie ORF-Teletext (sygn. akt 3 Ob 273/07d) oraz z dnia 14 lutego 2008 r. (sygn. akt 4 Ob 17/08s).

52 — Na s. 8 postanowienia odsyłającego sąd krajowy powołuje ww. w przypisie 51 wyrok w sprawie Welt des Wohnens.

53 — Na s. 8 postanowienia odsyłającego sąd krajowy powołuje wyrok Oberster Gerichtshof z dnia 14 grudnia 1999 r. w sprawie Tipp des Tages III (sygn. akt 4 Ob 290/99x).

54 — Zobacz również s. 4 pisma procesowego skarżącej w postępowaniu przed sądem krajowym.

sprzedaży, a zatem należy postrzegać go jako ogólny zakaz ofert wiązanych, który jednak w określonych przypadkach dopuszcza odstępstwa [55].

a) Stanowione prawo krajowe

i) Odwrócenie schematu normatywnego

4. Zgodność spornego przepisu z dyrektywą 2005/29

72. Następnie należy dokonać analizy zgodności spornego przepisu z dyrektywą 2005/29, przy czym w pierwszej kolejności należy zbadać jego strukturę. W przypadku gdyby należało stwierdzić niezgodność prawa krajowego, co wynika z dosłownego brzmienia ustawy, w dalszej kolejności należy zbadać, czy pomimo tego przepis ten można uznać za zgodny z dyrektywą w świetle powyższej zawężającej wykładni przyjętej w orzecznictwie Oberster Gerichtshof.

73. Co się tyczy kwestii zgodności spornego przepisu z dyrektywą 2005/29, należy stwierdzić, że sporny zakaz ofert wiązanych, o którym mowa w § 9a ust. 1 pkt 1 UWG, stanowi przepis szczególny UWG, który nie znajduje odpowiednika w ramach dyrektywy 2005/29. Paragraf 9a ust. 1 pkt 1 UWG ustanawia ogólny, nieprzewidziany w samej dyrektywie, zakaz ofert wiązanych.

74. Ponadto ten przepis krajowy, ze względu na leżącą u jego podstaw zasadę reguła – wyjątek, posiada strukturę odmienną od struktury dyrektywy 2005/29. Właśnie przede wszystkim to odwrócenie schematu normatywnego wywołuje wątpliwości w odniesieniu do zgodności z przedmiotową dyrektywą, przy czym chodzi tu nie tyle o formalny układ samego przepisu – wszak ustawodawcy krajowemu przysługuje pewien zakres uznania w ramach transpozycji dyrektywy – co raczej o treść normatywną przepisu krajowego. Treść merytoryczna przepisu różni się od treści dyrektywy 2005/29. Jak już bowiem przedstawiłam w mojej opinii w sprawach

55 — Zobacz M. Horak, op.cit. (ww. w przypisie 39), s. 1137, który porównuje przepis § 9a UWG z tak zwanymi „zakazami per se". Zakazy per se co do zasady zakazują praktyk handlowych, które są określone w sposób abstrakcyjny, bez możliwości sądowej kontroli indywidualnych przypadków w odniesieniu do skutków dla konsumentów lub konkurentów. W celu zrównoważenia adekwatnego do praktyki najczęściej takie zakazy ograniczone są wykazem wyjątków. Zdaniem autora § 9a UWG naśladuje ten system, określając w ust. 1 ogólny zakaz dodatków, a w ust. 2 wykaz wyjątków. R. Heidinger, op.cit. (ww. w przypisie 17), s. 45, reprezentuje stanowisko, że uregulowanie § 9a UWG jest skonstruowane jako zakaz per se, który zakazuje określonych praktyk handlowych bez konieczności badania w poszczególnym przypadku ich wypływu na konsumentów.

połączonych C-261/07 i C-299/07 VTB-VAB i Galatea, dyrektywa 2005/29 obiera podejście na korzyść wolności prowadzenia działalności gospodarczej przez przedsiębiorcę, które zasadniczo odpowiada zasadzie in dubio pro libertate [56]. Dyrektywa, w odróżnieniu od § 9a ust. 1 pkt 1 UWG, zakłada uczciwość praktyk handlowych, dopóki nie zostają spełnione bliżej opisane przesłanki prawne dotyczące zakazu [57].

75. Powyższe liberalne podejście wynika z konkretnego zamysłu legislacyjnego polegającego na zapewnieniu realizacji celu prawodawcy wspólnotowego określonego w motywach 4 i 5 oraz w art. 1 dyrektywy, jakim jest – poprzez ustanowienie jednolitych zasad na poziomie Wspólnoty – eliminacja przeszkód w transgranicznym przepływie usług i towarów lub w swobodzie przedsiębiorczości wynikających z istnienia wielu uregulowań krajowych dotyczących nieuczciwych praktyk handlowych w takim zakresie, w jakim jest to konieczne do właściwego funkcjonowania rynku wewnętrznego i zapewnienia wysokiego poziomu ochrony konsumentów [58].

ii) Niewystarczający charakter odstępstw wymienionych w § 9a ust. 2 UWG

76. Ponadto odstępstwa od zakazów ogólnych, takie jak ustanowione w § 9a ust. 2 UWG, nie mogą obejmować wszystkich sytuacji, w których zgodnie z przepisami dyrektywy 2005/29 należy uznać daną praktykę handlową za dopuszczalną, gdyż nie umożliwiają one dokonania oceny konkretnego przypadku przez właściwe sądy krajowe i organy

56 — Zobacz ww. w przypisie 15 moją opinię w sprawach połączonych VTB-VAB i Galatea, pkt 81. Tak samo H.W. Micklitz, op.cit. (ww. w przypisie 25), s. 374.

57 — Z tego względu G. Abbamonte, The unfair commercial practices Directive and its general prohibition, w: *The regulation of unfair commercial practices under EC Directive 2005/29 – New rules and new techniques*, Norfolk 2007, s. 15, określa podejście dyrektywy jako liberalne. Zgodnie z tym podejściem dopuszczalne jest wszystko, co nie jest wyraźnie zabronione. G. De Cristofaro, op.cit. (ww. w przypisie 45), s. 11, słusznie zauważa, że dyrektywa realizuje fragmentaryczne podejście, określając kryteria oceny praktyki handlowej jako nieuczciwej, a jednocześnie całkowicie rezygnując ze wskazania cech takiej nieuczciwej praktyki handlowej.

58 — Zobacz A. Bakardjieva Engelbrekt, An End to Fragmentation? The Unfair Commercial Practices Directive from the Perspective of the New Member States from Central and Eastern Europe, w: *The regulation of unfair commercial practices under EC Directive 2005/29 – New rules and new techniques*, Norfolk 2007, s. 47 i nast., która podkreśla przyczyniający się do harmonizacji skutek dyrektywy 2005/29 mającej na celu zniwelowanie istniejących do czasu wejścia w życie istotnych różnic między krajowymi przepisami dotyczącymi uczciwych praktyk. Podobnie również E. Bargelli, op.cit. (ww. w przypisie 21), s. 79. S. Weatherill, Who is the „Average Consumer", *The regulation of unfair commercial practices under EC Directive 2005/29 – New rules and new techniques*, Norfolk 2007, s. 137, określa podejście przyjęte przez dyrektywę 2005/29 jako deregulację z jednoczesną regulacją. Jego zdaniem harmonizacja ustawodawstw krajowych dereguluje rynek poprzez zniesienie różnorodności uregulowań w państwach członkowskich w celu przyjęcia jednolitych przepisów. W opinii V. Falce, G. Ghidini, op.cit. (ww. w przypisie 23), s. 372, celem dyrektywy 2005/29 jest przywrócenie równowagi pomiędzy konkurencją w obrębie pozbawionego granic wspólnego rynku z jednej strony a ochroną konsumentów z drugiej strony.

administracji [59]. Potwierdził to również Trybunał w wyroku w sprawach połączonych VTB-VAB i Galatea [60].

77. Jako że ofert wiązanych nie zalicza się do wymienionych w załączniku I praktyk handlowych uznawanych za nieuczciwe w każdych okolicznościach, mogą one zasadniczo zostać zakazane jedynie wówczas, gdy stanowią nieuczciwe praktyki przykładowo ze względu na to, że wprowadzają w błąd lub są agresywne w rozumieniu dyrektywy. Niezależnie od powyższego zakaz na podstawie dyrektywy 2005/29 wchodziłby w grę tylko wtedy, gdyby praktykę handlową należało ocenić jako nieuczciwą, dlatego że jest ona sprzeczna z wymogami obowiązku staranności zawodowej lub w sposób istotny zniekształca lub może w sposób istotny zniekształcić zachowanie gospodarcze względem produktu przeciętnego konsumenta.

78. Nie można jednak stwierdzić, czy tak jest w odniesieniu do ofert wiązanych w ogólności, lecz wymaga to raczej oceny konkretnej praktyki handlowej dla każdego przypadku. Wynika to jednoznacznie z motywu 7 dyrektywy, zgodnie z którym przy stosowaniu tej dyrektywy, a zwłaszcza jej klauzul generalnych, należy w pełni uwzględnić okoliczności konkretnego przypadku. Słowo „zwłaszcza" wskazuje również, że każdorazowa ocena konkretnego przypadku nie ogranicza się do kwestii stosowania klauzuli generalnej, o której mowa w art. 5 ust. 1, lecz obejmuje również stosowanie przepisów konkretyzujących zawartych w art. 5–9 dyrektywy. Jak wynika z motywu 17, również prawodawca wspólnotowy przyjmuje konieczność oceny konkretnego przypadku w świetle przepisów art. 5–9 dyrektywy w sytuacji, gdy dana praktyka handlowa nie jest wymieniona w wykazie nieuczciwych praktyk handlowych w załączniku I. Wniosek taki nasuwa się z wykładni a contrario zdania trzeciego motywu 17, określa ono bowiem, że praktyki handlowe wymienione w wykazie w załączniku I stanowią jedyne praktyki handlowe, które „można uznać za nieuczciwe bez konieczności oceny konkretnego przypadku w świetle przepisów art. 5–9".

iii) Wniosek częściowy

79. Sporny przepis, według swojego dosłownego brzemienia, jest niezgodny z dyrektywą 2005/29.

59 — Podobnie również R. Heidinger, op.cit. (ww. w przypisie 17), s. 46.

60 — Wyżej wymieniony w przypisie 4 wyrok w tej sprawie, pkt 64, 65.

b) Możliwość dokonania wykładni zgodnej z dyrektywą

80. Jak już stwierdziłam w mojej opinii w sprawie Plus [61], przy badaniu zgodności przepisu prawa krajowego z prawem wspólnotowym decydujące jest nie tylko brzmienie tego przepisu, lecz należy ponadto brać po uwagę jego wykładnię dokonywaną przez sądy krajowe [62]. Poprzez to, że odzwierciedla ono wykładnię ustawy wiążącą dla wszystkich podmiotów prawa, orzecznictwo w danym państwie członkowskim okazuje się niezbędnym kryterium oceny transpozycji i wykładni prawa krajowego zgodnych z prawem wspólnotowym [63].

81. Za zgodnością z dyrektywą mogłaby zatem przemawiać okoliczność, że Oberster Gerichtshof dokonuje co do zasady zawężającej wykładni ogólnego zakazu ofert wiązanych. Nie można wykluczyć, że poprzez taką zawężającą wykładnię sądu krajowego zakaz ten ulegnie złagodzeniu prowadzącemu ostatecznie do jego zgodności z dyrektywą. Niezależnie od tego należy przypomnieć, że zgodnie z orzecznictwem Trybunału sąd krajowy obowiązany jest dokonywać wykładni prawa krajowego – niezależnie od tego, czy chodzi o przepisy wcześniejsze, czy późniejsze niż dyrektywa – w świetle brzmienia i celów dyrektywy [64] po to, by osiągnąć przewidziane przez nią skutki i w ten sposób zastosować się do art. 249 akapit trzeci WE, przy czym do sądu krajowego należy dokonanie tej wykładni w ramach maksymalnego zakresu uznania, jaki daje mu prawo krajowe, oraz zastosowanie przepisu prawa krajowego zgodnie z wymogami prawa wspólnotowego [65]. Wiąże się z tym możliwość zgodnego z dyrektywą ograniczenia danego przepisu prawa krajowego lub nawet kształtowania

61 — Wyżej wymieniona w przypisie 20, pkt 82.

62 — K. Lenaerts, D. Arts, I. Maselis, op.cit. (ww. w przypisie 35), pkt 5-056, s. 162, wskazują na to, że znaczenie ustaw krajowych, rozporządzeń lub przepisów administracyjnych i wykonawczych należy oceniać w świetle wykładni dokonanej przez sądy krajowe. Zgodna z prawem wspólnotowym wykładania prawa krajowego była przedmiotem wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym złożonego przez niemiecki Bundesgerichtshof w sprawie C-42/95 Siemens przeciwko Nold (wyrok z dnia 19 listopada 1996 r., Rec. s. I-6017) oraz belgijski Hof van beroep te Gent w sprawie C-205/07 Gysbrechts i Santurel Inter (wyrok z dnia 16 grudnia 2008 r., Zb.Orz. s. I-9947).

63 — Zobacz w tym zakresie moją opinię z dnia 4 września 2008 r. w sprawie C-338/06 Komisja przeciwko Hiszpanii (wyrok z dnia 18 grudnia 2008 r.), Zb.Orz. s. I-10139, pkt 89.

64 — Wyroki: z dnia 10 kwietnia 1984 r. w sprawie 14/83 von Colson i Kamann, Rec. s. 1891, pkt 26; w sprawie 79/83 Harz, Rec. s. 1921, pkt 26; z dnia 15 maja 1986 r. w sprawie 222/84 Johnston, Rec. s. 1651, pkt 53; z dnia 8 października 1987 r. w sprawie 80/86 Kolpinghuis Nijmegen, Rec. s. 3969, pkt 12; z dnia 20 września 1988 r. w sprawie 31/87 Beentjes, Rec. s. 4635, pkt 39; z dnia 14 lipca 1994 r. w sprawie C-91/92 Faccini Dori, Rec. s. I-3325, pkt 24; z dnia 25 lutego 1999 r. w sprawie C-131/97 Carbonari i in., Rec. s. I-1103, pkt 48; z dnia 15 czerwca 2000 r. w sprawie 365/98 Brinkmann, Rec. s. I-4619, pkt 40; z dnia 27 czerwca 2000 r. w sprawach połączonych od C-240/98 do C-244/98 Océano Grupo Editorial i Salvat Editores, Rec. s. I-4941, pkt 30; z dnia 13 lipca 2000 r. w sprawie C-456/98 Centrosteel, Rec. s. I-6007, pkt 16; z dnia 3 października 2000 r. w sprawie C-371/97 Gozza i in., Rec. s. I-7881, pkt 37. Podobnie wyroki: z dnia 13 listopada 1990 r. w sprawie C-106/89 Marleasing, Rec. s. I-4135, pkt 8; z dnia 15 maja 2003 r. w sprawie C-160/01 Mau, Rec. s. I-4791, pkt 36; z dnia 22 maja 2003 r. w sprawie C-462/99 Connect Austria, Rec. s. I-5197, pkt 38; z dnia 23 października 2003 r. w sprawie C-408/01 Adidas-Salomon i Adidas Benelux, Rec. s. I-12537, pkt 21; z dnia 5 października 2004 r. w sprawach połączonych od C-397/01 do C-403/01 Pfeiffer i in., Rec. s. I-8835, pkt 113. Zobacz w tym zakresie M. Schweitzer, W. Hummer, W. Obwexer, *Europarecht*, Wien 2007, s. 82 i nast.

65 — Wyżej wymieniony w przypisie 64 wyrok w sprawie von Colson i Kamann, pkt 28; ww. w przypisie 64 wyrok w sprawie Harz, pkt 28.

prawa, pod warunkiem że sąd krajowy posiada taką kompetencję [66].

— Artykuł 5 ust. 4 i 5 dyrektywy 2005/29

82. Niemniej jednak taka zawężająca wykładnia, za jaką opowiada się Oberster Gerichtshof, musiałaby prowadzić do daleko idącej zgodności treści normatywnej § 9a ust. 1 pkt 1 UWG z przepisami dyrektywy.

Wykaz nieuczciwych praktyk handlowych w załączniku I do dyrektywy

Analiza na gruncie przepisów dyrektywy

84. W pierwszej kolejności należy stwierdzić, że praktyka handlowa, której zakazuje § 9a ust. 1 UWG, nie odpowiada żadnemu z przypadków nieuczciwych praktyk handlowych wymienionych w załączniku I do dyrektywy. Nie znajduje w szczególności zastosowania wymieniona w pkt 16 sytuacja, w której reklama polega na twierdzeniu, że określone produkty są w stanie zwiększyć szanse na wygraną w grach losowych. Dotyczy ona szczególnej formy reklamy [67], jednakże nie dotyczy samego posługiwania się ofertami wiązanymi [68]. Niezależnie od powyższego pozwana w postępowaniu przed sądem krajowym nie reklamowała, że zwykłe kupno towaru stwarza już szansę na wygraną. Oferowana była jedynie możliwość udziału w grze losowej, i tak dostępnej każdemu w internecie, bez

83. Należy w tym momencie zbadać, czy sporny zakaz ofert wiązanych w rozumieniu nadanym przez zawężającą wykładnię dokonaną przez orzecznictwo austriackie można uznać za zgodny z dyrektywą. W tym celu należy posłużyć się schematem analizy przedstawionym w pkt 66 niniejszej opinii.

66 — Zdaniem R. Streinza, *Europarecht*, 8. Aufl., Heidelberg 2008, s. 161, pkt 456, obowiązek zgodnej z dyrektywą wykładni ograniczony jest możliwością interpretacji prawa krajowego. W zakresie, w jakim sądy krajowe mają kompetencje do kształtowania prawa, musiałyby ewentualnie kształtować to prawo w sposób zgodny z dyrektywami.

67 — W przedmiocie celu normatywnego tego zakazu zob. E. Büllesbach, op.cit. (ww. w przypisie 21), s. 114. Twierdzenie przez podmiot prowadzący działalność gospodarczą, że towar może podwyższać szanse wygranej w grach, sugeruje konsumentowi, że poprzez nabycie towaru można wpłynąć z korzyścią dla siebie na otrzymanie wygranej. Jednakże gry charakteryzują się tym, że o wygranej decyduje przypadek. Ze względu na tę przypadkowość wywieranie wpływu na otrzymanie wygranej jest co do zasady niewyobrażalne. Zatem wprowadzono w błąd co do przydatności towaru. Jako że twierdzenie to pośrednio nawiązuje do skłonności do hazardu, istnieje szczególna sytuacja zagrożenia konsumenta, gdyż racjonalność jego decyzji może zostać poważnie zachwiana poprzez nadzieję na łatwiejszą wygraną.

68 — Zobacz ww. w przypisie 20 moją opinię w sprawie Plus, pkt 85.

obiecywania kupującemu zwiększenia szans na wygraną. Zatem konsument, który zamierza wziąć udział w wyborze „piłkarza roku", nie musi koniecznie kupić danej gazety, lecz może wybrać między różnymi możliwościami uczestnictwa. Nie sugeruje się tu ani też z obiektywnej analizy nie wynika, że przykładowo poprzez uczestnictwo w sposób inny niż za pośrednictwem kupna danej gazety pomniejszone będą szanse wygranej w porównaniu do innych uczestników.

— Praktyki handlowe wprowadzające w błąd lub agresywne w rozumieniu art. 5 ust. 4 dyrektywy

85. Pojawia się pytanie, czy praktykę handlową, której zakazuje § 9a ust. 1 UWG, można określić jako wprowadzającą w błąd lub agresywną w rozumieniu art. 5 ust. 4 dyrektywy. Taką opinię reprezentuje rząd austriacki, który twierdzi, że sporny przepis stanowi także transpozycję art. 6 ust. 1 lit. d) bądź art. 8 i 9 dyrektywy [69].

69 — Zobacz pismo procesowe rządu austriackiego, pkt 55, s. 21.

— Praktyki handlowe wprowadzające w błąd w rozumieniu art. 6 i 7 dyrektywy

86. Jak wskazuje interpretacja art. 6 i 7 dyrektywy, praktyki handlowe wprowadzające w błąd charakteryzują się przede wszystkim elementem wprowadzania w błąd co do istotnych cech danego produktu. Zgodnie z art. 6 ust. 1 lit. d) dyrektywy do istotnych cech produktu zalicza się również cena.

87. W wyroku w sprawie Oosthoek's Uitgeversmaatschappij [70], na który powołuje się w swojej argumentacji rząd austriacki, Trybunał stwierdził w związku z kwestią zgodności niderlandzkiego zakazu dodatków ze swobodą przepływu towarów, że „oferta dodatków jako środek promocji sprzedaży może wprowadzać konsumentów w błąd co do faktycznych cen produktów oraz zakłócać warunek konkurencji opartej na świadczeniu". Trybunał wywnioskował z tego, że „regulacja, która z tego powodu ogranicza lub nawet zabrania tego rodzaju praktyk handlowych, może przyczynić się do ochrony konsumenta oraz uczciwości transakcji handlowych".

88. Powyższe stwierdzenia dokonane na długo przed przyjęciem dyrektywy 2005/29 nie straciły na aktualności, gdyż jeśli takie jest prawidłowe rozumienie wyżej powołanego fragmentu wyroku, odnoszą się one właściwie

70 — Wyrok z dnia 15 grudnia 1982 r. w sprawie 286/81 Oosthoek's Uitgeversmaatschappij, Rec. s. 4575, pkt 18.

do abstrakcyjnego ryzyka polegającego na wiązaniu ofert, które w określonych okolicznościach nie pozwala w wystarczającym stopniu na stwierdzenie, jaką wartość mają poszczególne towary. Wynika to z zastosowania czasownika „może" w zdaniu pierwszym. Z tego względu Trybunał w sposób dorozumiany przyjął konieczność oceny indywidualnego przypadku, tak jak wymaga tego prawodawca wspólnotowy w dyrektywie 2005/29.

89. Niezależnie od tego z powołanego wyroku wynika jednoznacznie, że Trybunał zajął stanowisko wyłącznie w kwestii zgodności spornego niderlandzkiego zakazu dodatków ze swobodą przepływu towarów z uwzględnieniem jego specyficznej postaci normatywnej. Z tego względu nie jest możliwe analogiczne zastosowanie stwierdzeń Trybunału w odniesieniu do sprawy zawisłej przed sądem krajowym w niniejszym przypadku. Biorąc pod uwagę powyższe, należy stwierdzić, że pozbawiony jest wszelkich podstaw argument, jakoby każde oferowanie dodatku niezależnie od jego postaci wiązało się z ryzykiem wprowadzenia w błąd.

90. W rezultacie nie można przyjąć, że sporny przepis w rozumieniu nadanym przez zawężającą wykładnię dokonaną przez orzecznictwo austriackie jest zgodny z art. 6 ust. 1 lit. d) dyrektywy.

— Agresywne praktyki handlowe w rozumieniu art. 8 dyrektywy

91. Ogólne włączenie ofert wiązanych do kategorii agresywnych praktyk handlowych również nie wchodzi w rachubę, gdyż zgodnie z art. 8 dyrektywy koniecznym warunkiem takiej kwalifikacji jest wywieranie nacisku na swobodę wyboru przeciętnego konsumenta lub jego zachowanie względem produktu między innymi poprzez nękanie, przymus lub użycie siły fizycznej.

92. Jednakże powyższa przesłanka nie jest charakterystyczna dla ofert wiązanych ani nie jest spełniona w sprawie przed sądem krajowym. W związku z tym sporny przepis, mimo jego zawężającej wykładni, jest sprzeczny z art. 8 dyrektywy.

— Artykuł 5 ust. 2 dyrektywy 2005/29

93. Ponadto zgodnie z dyrektywą zakaz wchodziłby w grę tylko wtedy, gdyby praktykę handlową należało ocenić jako nieuczciwą, dlatego że jest ona sprzeczna z wymogami obowiązku staranności zawodowej lub w sposób istotny zniekształca lub może w sposób istotny zniekształcić zachowanie gospodarcze względem produktu przeciętnego

konsumenta. W tym celu przesłanki art. 5 ust. 2 lit. a) i b) muszą być spełnione łącznie [71].

94. Badania zgodności § 9a ust. 1 pkt 1 UWG z art. 5 ust. 2 dyrektywy 2005/29 dokonuje się w dwóch etapach. W pierwszej kolejności należy zbadać, czy § 9a ust. 1 pkt 1 UWG z uwzględnieniem wyżej wymienionej zawężającej wykładni określa takie same przesłanki ustanowienia zakazu jak dyrektywa. W razie udzielenia odpowiedzi twierdzącej należy zbadać, czy ten przepis krajowy obejmuje swym zakresem wyłącznie te praktyki, które należy ocenić jako nieuczciwe w rozumieniu art. 5 ust. 2.

Możliwość istotnego wpływu na zachowanie przeciętnego konsumenta

— Zgodność zakresu stosowania

— Zgodność wymogów prawnych

95. Daleko idąca zgodność merytoryczna spornego przepisu z wymogami dyrektywy 2005/29 istnieje w każdym razie w odniesieniu do wymogu określonego w art. 5 ust. 2 lit. b), gdyż także zgodnie z zawężającą wykładnią dokonywaną przez sądy austriackie stwierdzenie istnienia niedozwolonego dodatku w rozumieniu § 9a ust. 1 UWG wymaga, aby jego zapowiedź, oferta lub przyznanie musiało „obiektywnie nadawać się do wywarcia wpływu na zachowanie konsumentów". Ponadto także w postanowieniu odsyłającym sąd krajowy wskazuje na możliwość zgodnej z art. 5 ust. 2 lit. b) interpretacji tego wymogu wypracowanego w austriackim orzecznictwie [72]. Nie ma co do tego wątpliwości, pod warunkiem że temu zasadniczo identycznie brzmiącemu wymogowi wynikającemu z prawa krajowego przypisywać się będzie takie samo znaczenie jak w prawie wspólnotowym.

96. Za „istotne zniekształcenie zachowania gospodarczego konsumentów" w rozumieniu art. 2 lit. e) uznaje się bowiem zgodnie z definicją zawartą w dyrektywie „wykorzystanie praktyki handlowej w celu znacznego ograniczenia zdolności konsumenta do podjęcia

71 — Podobnie G. Abbamonte, op.cit. (ww. w przypisie 57), s. 21; J. Massaguer, *El nuevo derecho contra la competencia desleal – La Directiva 2005/29/CE sobre las Prácticas Comerciales Desleales*, Cizur Menor 2006, s. 58; N. Maione, Le pratiche commerciali sleali nella direttiva 2005/29/CE, w: *Lezioni di diritto privato europeo*, 2007, s. 1068.

72 — Zobacz s. 10 postanowienia odsyłającego.

świadomej decyzji i skłonienia go tym samym do podjęcia decyzji dotyczącej transakcji, której inaczej by nie podjął". Dobrem chronionym przez ten przepis jest swoboda podejmowania decyzji przez konsumentów [73].

97. Nawet jeżeli w swoim pytaniu prejudycjalnym sąd krajowy zwraca się ogólnie o wyjaśnienie zgodności § 9a ust. 1 pkt 1 UWG z dyrektywą, to kwestia zgodności § 9a ust. 1 pkt 1 UWG ma znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy przed sądem krajowym nie w zakresie wszystkich objętych tym przepisem przypadków (czasopisma i premie), lecz tylko w zakresie wiązania czasopism z grami. Również strony postępowania odnoszą się w swej argumentacji w pierwszym rzędzie do tej bardzo specyficznej, problematycznej z punktu widzenia ochrony konsumentów postaci ofert wiązanych. Z tego względu w dalszej kolejności należy dokonać bliższej analizy wpływu jedynie tej konkretnej praktyki handlowej na zachowanie konsumentów.

98. Rząd austriacki stoi na stanowisku, że wyżej wymieniona przesłanka spełniona jest w kontekście wiązania produktów i gier [74]. Stwierdza on, że właśnie przy drukach periodycznych o stosunkowo niskich cenach, tak jak w postępowaniu przed sądem krajowym, konsument z nierzeczowych powodów decyduje się na nabycie towaru podstawowego ze względu na szansę wygranej. Właśnie w takiej sytuacji obietnica nieodpłatnego udziału w grze w związku z szansą na nieproporcjonalnie wysoką wygraną może istotnie wpłynąć na zachowanie konsumentów przy dokonywaniu zakupów w sektorze mediów.

99. Należy przyznać rację rządowi austriackiemu, że zastosowanie gier w branży reklamowej z całą pewnością może obudzić w ludziach żądzę gry. Jak stwierdziłam już w mojej opinii w sprawie Plus [75], tego rodzaju gry, chociażby z powodu obietnicy niekiedy bardzo wysokich wygranych, w pewien sposób przyciągają ludzi. Ich zastosowanie może przykuwać uwagę potencjalnych klientów i skierować ją w ramach wybranej strategii reklamowej na określone cele. Nie jest zatem – ogólnie rzecz biorąc – całkowicie pozbawiony znaczenia powołany argument, że taka

73 — Jednakże nie interes gospodarczy konsumentów. Zgodnie z G. Abbamontem, op.cit. (ww. w przypisie 57), s. 23, przepis ten oparty jest na założeniu, że nieuczciwe praktyki handlowe, negatywnie wpływając na swobodę lub zdolność do podejmowania decyzji, co do zasady wypaczają skłonności konsumentów. W rezultacie konsumenci kupują produkty, których nie potrzebują, lub takie, które inaczej – bez wywarcia wpływu – uznaliby za mniej wartościowe. Jednakże przesłanką art. 5 ust. 2 lit. b) dyrektywy 2005/29 nie jest wyrządzenie konsumentowi szkody gospodarczej. Zdaniem autora taki wymóg byłby niestosowny, gdyż istotnie obniżyłby poziom ochrony konsumentów w Unii Europejskiej.

74 — Zobacz pkt 51 na s. 20 pisma procesowego rządu austriackiego.

75 — Wyżej wymienionej w przypisie 20, pkt 93.

praktyka handlowa może w określonych okolicznościach wywierać istotny wpływ na zachowanie konsumentów przy dokonywaniu zakupów w sektorze mediów.

100. Jednakże wątpliwe jest, że takie uogólniające podejście bez zastrzeżeń jest zgodne z wymogami prawa wspólnotowego, gdyż po pierwsze, jak już stwierdziłam powyżej, dyrektywa 2005/29 ustanawia wymóg wyczerpującej oceny okoliczności indywidualnego przypadku przez sądy krajowe i organy administracji w celu stwierdzenia nieuczciwości konkretnej praktyki handlowej [76], a po drugie w celu badania skutków danego środka reklamowego za podstawę oceny przyjmuje sposób postrzegania przeciętnego konsumenta bądź przeciętnego członka danej grupy konsumentów.

101. Jak wynika z motywu 18, pojęcie przeciętnego konsumenta, o którym mowa w dyrektywie 2005/29, dokładnie odpowiada wypracowanemu w orzecznictwie Trybunału modelowi konsumenta [77], który jest „właściwie poinformowany, dostatecznie uważny i rozsądny", przy czym należy uwzględnić „czynniki społeczne, kulturowe i językowe". W ostatnim zdaniu motywu 18 sprecyzowane jest pojęcie przeciętnego konsumenta, przy czym podkreśla się, że jego test „nie jest testem statystycznym". Ponadto określony jest wymóg, aby „[w] celu ustalenia typowej reakcji przeciętnego konsumenta w danym przypadku krajowe sądy i organy administracyjne […] polega[ły] na własnej umiejętności oceny, z uwzględnieniem orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości".

102. Podstawą wypracowanej przez Trybunał metody badania skutków danej reklamy dla przeciętnego konsumenta jest zasada proporcjonalności. Jej celem jest znalezienie właściwej równowagi pomiędzy celem ochrony konsumentów z jednej strony a koniecznością wspierania przepływu towarów w obrębie wspólnego rynku charakteryzującego się wolną konkurencją z drugiej strony. Za pomocą dyrektywy 2005/29 prawodawca wspólnotowy kodyfikuje tę metodę, przy czym zadanie przeprowadzenia analizy powierza on sądom krajowym i organom

76 — Zobacz pkt 76–78 niniejszej opinii.

77 — W przedmiocie modelu konsumenta w orzecznictwie Trybunału zob. wyroki: z dnia 16 stycznia 1992 r. w sprawie C-373/90 X, Rec. s. I-131, pkt 15, 16; z dnia 16 lipca 1998 r. w sprawie C-210/96 Gut Springenheide i Tusky, Rec. s. I-4657, pkt 31; z dnia 4 maja 1999 r. w sprawach połączonych C-108/97 i C-109/97 Windsurfing Chiemsee, Rec. s. I-2779, pkt 29; z dnia 13 stycznia 2000 r. w sprawie C-220/98 Estée Lauder, Rec. s. I-117, pkt 27; z dnia 21 czerwca 2001 r. w sprawie C-30/99 Komisja przeciwko Irlandii, Rec. s. I-4619, pkt 32; z dnia 24 października 2002 r. w sprawie C-99/01 Linhart i Biffl, Rec. s. I-9375, pkt 31; z dnia 8 kwietnia 2003 r. w sprawie C-44/01 Pippig Augenoptik, Rec. s. I-3095, pkt 55; z dnia 12 lutego 2004 r. w sprawie C-363/99 Koninklijke KPN Nederland, Rec. s. I-1619, pkt 77; w sprawie C-218/01 Henkel, Zb.Orz. s. I-1725, pkt 50; z dnia 9 marca 2006 r. w sprawie C-421/04 Matratzen Concord, Zb.Orz. s. I-2303, pkt 24; z dnia 19 września 2006 r. w sprawie C-356/04 Lidl Belgium, Zb.Orz. s. I-8501, pkt 78.

administracji – w zgodzie z orzecznictwem Trybunału. Powinno to zapobiec ryzyku dokonania przez państwa członkowskie odmiennych ocen takich samych praktyk handlowych w celu osiągnięcia wyższego stopnia pewności prawa z korzyścią dla konsumentów i konkurentów [78].

103. Przyjęcie za podstawę pojęcia „właściwie poinformowanego, dostatecznie uważnego i rozsądnego przeciętnego konsumenta" należy interpretować w sensie prawnym w ten sposób, że aby zachować właściwy stosunek między oboma celami, należy określić odpowiednio wysokie wymagania dotyczące spełnienia przesłanek art. 5 ust. 2 lit. b). W rezultacie nie każdą praktykę handlową można uznać za spełniającą przesłanki tego przepisu już ze względu na to, że wynika z niej zwykła możliwość wywarcia wpływu na decyzję o zakupie. Z punktu widzenia prawa wspólnotowego przyjmuje się, że konsument jest w stanie dostrzec potencjalne niebezpieczeństwo określonych praktyk handlowych i odpowiednio racjonalnie reagować [79]. Jest to konsekwentne z punktu widzenia polityki legislacyjnej, jeżeli zamiarem jest uznanie za nieuczciwą i w związku z tym za zasługującą na zakaz nie każdej formy reklamy, która w określonych okolicznościach wprawdzie prowokuje, lecz jest ogólnie uważana za nieszkodliwą [80].

104. Jak moim zdaniem słusznie stwierdza pozwana w postępowaniu przed sądem krajowym [81], w dzisiejszych czasach przeciętny konsument co do zasady ma świadomość, że w wolnej gospodarce rynkowej reklama i promocja sprzedaży mają na celu poszukiwanie klienta nie tylko za pomocą ceny i jakości danego towaru, lecz obiecują wiele korzyści dodatkowych. Te mogą mieć charakter emocjonalny, jak na przykład reklama nawiązująca do uczucia swobody i niezależności albo przynależności do określonej grupy społecznej, lub też stanowić korzyść dodatkową o wartości czysto ekonomicznej, jak na przykład dodatki. Zatem w zakresie wyznaczonym prawem wspólnotowym logiczne jest pozostawienie

78 — G. Abbamonte, op.cit. (ww. w przypisie 57), s. 25, wskazuje na to, że za pomocą dyrektywy 2005/29 prawodawca wspólnotowy kodyfikuje tą metodę, której nie stosują sądy niektórych państw członkowskich. Autor jest zdania, że w ten sposób ograniczone zostanie ryzyko dokonania odmiennych ocen takich samych praktyk handlowych w Unii Europejskiej oraz wzmocniona zostanie pewność prawa. Podobnie również A. Wiebe, op.cit. (ww. w przypisie 38), s. 75, oraz H.W. Micklitz, Das Konzept der Lauterkeit in der Richtlinie 2005/29/EG, w: *Droit de la consommation/ Konsumentenrecht/Consumer law, Liber amicorum Bernd Stauder*, Basel 2006, s. 311. S. Weatherill, op.cit. (ww. w przypisie 58), s. 135, stwierdza, że przyjęcie za podstawę pojęcia przeciętnego konsumenta wydaje się sztuczne ze względu na różne zachowania konsumentów, jednakże jest ono nieodzowne dla sprawnie funkcjonującego zharmonizowanego systemu prawnego.

79 — H. Lecheler, Verbraucherschutz, w: *Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts*, hrsg. M. Dauses, Band 2, München 2004, H. V, pkt 27, s. 11, interpretuje orzecznictwo Trybunału (powołane w przypisie 77 niniejszej opinii) w ten sposób, że za podstawę przyjmuje się pojęcie co do zasady rozsądnego i rozważnie postępującego konsumenta, który potrafi odnaleźć się w danej sytuacji i jest zdolny do podejmowania decyzji dotyczących jego osoby.

80 — N. Maione, op.cit. (ww. w przypisie 71), s. 1068, wskazuje na to, że zgodnie z zamysłem prawodawcy wspólnotowego nie należy zakazać każdej praktyki handlowej, która ma wpływ na zachowanie konsumenta przy dokonywaniu zakupu, lecz jedynie te praktyki, które zniekształcając swobodę podejmowania decyzji przez konsumenta, naruszają obowiązek staranności zawodowej.

81 — Zobacz s. 10 pisma procesowego pozwanej w postępowaniu przed sądem krajowym.

właściwie poinformowanemu, dostatecznie uważnemu i rozsądnemu konsumentowi decyzji, czy nabywa on dany produkt z powodu jego reklamowanych zalet, czy też z powodu jakości lub nawet niskiej ceny [82].

wobec konsumenta [83]. Jednocześnie założenie to nieproporcjonalnie ograniczałoby swobodę przepływu towarów i świadczenia usług. Taki zakaz wykraczałby bowiem poza to, co niezbędne do uwzględnienia zarówno interesów konsumenta, jak i swobody przepływu towarów i świadczenia usług.

— Wniosek częściowy

105. Jednakże właściwe każdemu ustawowemu zakazowi założenie, jakoby wszelkie wiązanie produktu z grą było niebezpieczne niezależnie od faktycznego potencjału zagrożenia oraz cech szczególnych danej grupy adresatów i że z tego względu musi być zakazane, nie uwzględniałoby w należyty sposób modelu konsumenta przyjętego w prawie wspólnotowym. W konsekwencji założenie to należałoby postrzegać jako patronalizm

106. Podsumowując, należy stwierdzić, że podstawą ustanowionego w § 9a ust. 1 pkt 1 UWG zakazu ofert wiązanych w rozumieniu nadanym przez zawężającą wykładnię dokonaną przez orzecznictwo austriackie są rozważania ustawodawcy, które nie uwzględniają wymogów dyrektywy 2005/29.

82 — Podobnie również G. Kucsko, op.cit. (ww. w przypisie 39), s. 709, który wyraża wątpliwości, czy argumentacja, która pojawia się w pracach przygotowawczych do Prämiengesetz z 1929 r. (będącej w końcu źródłem zakazu dodatków ustanowionego w § 9a ust. 1 pkt 1 UWG), ma jeszcze obecnie decydujące znaczenie. Obecnie konsumenci są bardziej krytyczni i uświadomieni. Także branża reklamy uległa w ostatnich dekadach istotnym zmianom. Konsumenci o wiele bardziej narażeni są na – z całą pewnością nie zawsze rzeczową – reklamę i są do niej przyzwyczajeni. „Image" określonych znaków towarowych polega na skojarzeniach, które już od dawna nie mają wiele wspólnego z właściwymi cechami produktu. Niemniej jednak z drugiej strony poprzez systematyczne publikacje obiektywnych testów porównawczych, znaki kontrolne, krytyczne czasopisma konsumenckie itd. poprawiła się zdolność krytycznego osądu konsumentów nie tylko względem danych testowanych produktów, lecz ogólnie. Zatem obecnie konsument ma większe możliwości dokonania samodzielnej oceny, czy da się on „nieracjonalnie uwieść" lub czy cena towaru podstawowego jest zbyt wysoka. Ponadto konsument, otrzymując dodatek, nabywa nie tylko niematerialny „image", lecz również rzeczywisty towar lub usługę. W dzisiejszych czasach nie przekonuje już patronalny wobec konsumenta argument, jakoby celem była jego ochrona.

107. Mimo że już samo powyższe stwierdzenie wystarcza do udzielenia odpowiedzi twierdzącej na pierwsze pytanie prejudycjalne, to w odpowiedzi na argumentację sądu krajowego i rządu austriackiego w dalszej

83 — R. Heidinger, op.cit. (ww. w przypisie 17), s. 46, oraz H. Wittmann, EuGH: Zugabenverbot vor dem Fall?, w: *Medien und Recht*, 6/2008, s. 284, także podnoszą wątpliwości wyrażone przez sąd krajowy w postanowieniu odsyłającym. Wskazują oni, że model odpowiedzialnego konsumenta będący podstawą art. 5 ust. 2 dyrektywy 2005/29 przemawia przeciwko przyjęciu zaistnienia nieuczciwej praktyki w postępowaniu przed sądem krajowym. Tak daleko idąca ochrona konsumentów stoi w sprzeczności z modelem odpowiedzialnego konsumenta, który co do zasady powinien dysponować swobodą podejmowania decyzji gospodarczych także w oparciu o względy nierzeczowe.

części opinii dokonam posiłkowo badania zgodności spornego przepisu z kolejnymi przesłankami art. 5 ust. 2 dyrektywy.

Naruszenie obowiązku staranności zawodowej

— Zgodność wymogów prawnych

108. Oczywista różnica między spornym przepisem a wymogami dyrektywy polega na tym, że sporny przepis – mając na uwadze również wykładnię zawężającą – zupełnie pomija istotną przesłankę naruszenia wymogów staranności zawodowej określoną w art. 5 ust. 2 lit. a) dyrektywy.

109. W tym kontekście rząd austriacki podnosi, że wymóg staranności zawodowej jest właściwie nierozłączną podstawą spornego przepisu, gdyż ten ostatni ma na celu ochronę konkurencji przed zagrożeniami wynikającymi z wykorzystania skłonności konsumentów do hazardu. Zachowanie staranności zawodowej sąd ocenia w ramach badania indywidualnego przypadku, uwzględniając wymogi charakterystyczne dla danego zawodu [84]. Przytoczony argument należy rozumieć w ten sposób, że sporny przepis krajowy transponuje również ten wymóg, chociażby za pomocą wykładni korygującej dokonywanej przez właściwy sąd.

110. Jednakże powyższe rozważania dotyczące prawa krajowego nie są przekonujące, zwłaszcza że w tym zakresie sąd krajowy wyraźnie wskazuje na to, iż sądy austriackie w odróżnieniu od wyżej omówionego wymogu istotnego zniekształcenia zachowania konsumenta [85] nie mogą badać, czy zapowiadanie, oferowanie lub przyznanie dodatku jest co do zasady nieuczciwe ze względu na sprzeczność z wymogami staranności zawodowej [86]. Z tego względu sąd krajowy podaje w wątpliwość, czy ogólny zakaz dodatków w obecnie obowiązującym brzmieniu mógłby być zgodny z dyrektywą 2005/29.

— Wniosek częściowy

111. Rozważania sądu krajowego potwierdzają zatem moje stanowisko, że ustanowiony w § 9a ust. 1 pkt 1 UWG zakaz ofert

84 — Zobacz pkt 47, s. 19 pisma procesowego rządu austriackiego.
85 — Zobacz pkt 95 niniejszej opinii.
86 — Zobacz s. 10 postanowienia odsyłającego.

wiązanych także w odniesieniu do wymogu określonego w art. 5 ust. 2 lit. a) nie spełnia wymogów dyrektywy. W związku z tym nie można stwierdzić zgodności spornego przepisu z wymogami prawnymi ustanowionymi w art. 5 ust. 2 lit. a). Nie wykazano również, że w austriackim prawie uczciwej konkurencji istnieje jakikolwiek inny wymóg, który odpowiadałby w przybliżeniu wymogom prawnym określonym w art. 5 ust. 2 lit. a).

112. Przy uwzględnieniu okoliczności, że sama powyższa konkluzja wystarcza do stwierdzenia niezgodności spornego przepisu z art. 5 ust. 2 dyrektywy 2005/29, nie jest konieczna kontynuacja analizy w oparciu o ten przepis dyrektywy.

c) Wniosek

113. Zatem przepis krajowy taki jak § 9a ust. 1 pkt 1 UWG w rozumieniu nadanym przez jego wykładnię, który ustanawia ogólny zakaz ofert wiązanych bez możliwości dostatecznego uwzględnienia wszystkich okoliczności indywidualnego przypadku, jest w swej istocie bardziej ograniczający i surowszy aniżeli przepisy dyrektywy 2005/29.

114. W tym kontekście należy stwierdzić, że § 9a ust. 1 pkt 1 UWG dotyczy dziedziny, która podlega pełnej harmonizacji i do której nie znajdują zastosowania przepisy przejściowe określone w art. 3 ust. 5 dyrektywy. Żadna ze stron postępowania nie wykazała również, że sporny przepis krajowy należy przyporządkować jednej z dziedzin wymienionych w motywie 9 dyrektywy [87]. Odstępstwo ustanowione w art. 3 ust. 9 dyrektywy także nie znajduje zastosowania.

115. Ogólny zakaz wiązania ofert, o którym mowa w § 9a ust. 1 pkt 1 UWG, w rozumieniu nadanym przez wyżej opisaną zawężającą wykładnię prowadzi w konsekwencji do rozszerzenia zawartego w załączniku I do dyrektywy wyczerpującego wykazu zakazanych praktyk handlowych, czego państwa członkowskie właśnie nie mogą czynić ze względu na pełną i maksymalną harmonizację

87 — Jak słusznie zauważa W. Schuhmacher, op.cit. (ww. w przypisie 21), s. 131, w motywie 9 dyrektywy 2005/29 wymienione są pewne ograniczenia pełnej harmonizacji. Niemniej żadna ze stron niniejszego postępowania w trybie prejudycjalnym nie wykazała w sposób wyraźny, że te ograniczenia znajdują zastosowanie w odniesieniu do sprawy przed sądem krajowym. Także z obiektywnego punktu widzenia nie wydaje się, aby to zachodziło.

dokonaną na mocy dyrektywy 2005/29 [88]. Jednostronne rozszerzenie tego wykazu przez państwa członkowskie jest niedopuszczalne, gdyż zgodnie z art. 5 ust. 5 wykaz ten może zostać zmodyfikowany wyłącznie poprzez zmianę samej dyrektywy, to znaczy w procedurze współdecydowania określonej w art. 251 WE.

116. Mając na uwadze powyższe rozważania, wyprowadzam wniosek, że przepis krajowy taki jak § 9a ust. 1 pkt 1 UWG mimo jego zawężającej wykładni jest sprzeczny z wymogami dyrektywy 2005/29.

W przedmiocie wycofania wniosku Komisji dotyczącego rozporządzenia w sprawie promocji sprzedaży na rynku wewnętrznym

117. Rząd austriacki opiera część swojej argumentacji na poszczególnych przepisach wniosku Komisji dotyczącego rozporządzenia w sprawie promocji sprzedaży na wolnym rynku [89], który ostatecznie został wycofany. Przepisy te zawierały między innymi regulacje dotyczące oferowania nieodpłatnych korzyści, dodatków lub możliwości udziału w konkursach z nagrodami lub grach. Rząd austriacki twierdzi, że z faktu wycofania tego projektu wynika, iż dziedzina, która objęta by była projektem rozporządzenia w sprawie promocji sprzedaży, w dalszym ciągu pozostaje nieuregulowana i nie jest objęta na przykład zakresem stosowania dyrektywy 2005/29.

118. Już w moich opiniach w sprawach połączonych VTB-VAB i Galatea [90] oraz w sprawie Plus [91] w sposób wyczerpujący przedstawiłam moje stanowisko w przedmiocie skutków wycofania tego wniosku Komisji dla traktowania pod względem prawnym ofert wiązanych. Skłoniła mnie do tego zasadniczo identyczna argumentacja rządu belgijskiego i niemieckiego w tych sprawach. W opiniach tych wyjaśniłam, dlaczego moim zdaniem ani z wniosku Komisji dotyczącego rozporządzenia w sprawie promocji sprzedaży na rynku wewnętrznym, ani z zawierających zmiany wniosków przedstawianych w ramach procedury prawodawczej nie można wyciągnąć wniosków dotyczących wykładni dyrektywy 2005/29.

88 — G. Abbamonte, op.cit. (ww. w przypisie 57), s. 21, wskazuje na to, że państwa członkowskie nie mogą samodzielnie rozszerzyć wyczerpującego wykazu zakazanych praktyk handlowych zawartego w załączniku I do dyrektywy 2005/29. Istnienie takiej możliwości prowadziłoby do obejścia celu dyrektywy, jakim jest pełna harmonizacja, co przeczyłoby celowi pewności prawa. B. Keirsbilck, op.cit. (ww. w przypisie 14), s. 522, określa ten zawarty w załączniku I wykaz zakazanych praktyk handlowych jako wyczerpujący.

89 — Wniosek Komisji dotyczący rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie promocji sprzedaży na rynku wewnętrznym z dnia 15 stycznia 2002 r., COM(2001) 546 wersja ostateczna.

90 — Wyżej wymienionej w przypisie 15, pkt 90–94.

91 — Wyżej wymienionej w przypisie 20, pkt 106–111.

119. Wyżej wymieniony wniosek dotyczy bowiem normy prawa wspólnotowego, która ostatecznie nigdy nie weszła w życie i w związku z tym nie stała się częścią wspólnotowego porządku prawnego. Zatem wniosku tego nie można automatycznie brać pod uwagę jako przedmiotu interpretacji. Znajduje to zastosowanie zwłaszcza w przypadku, gdy Komisja wycofuje swój wniosek z własnej inicjatywy, tak jak miało to miejsce w odniesieniu do omawianego projektu rozporządzenia. Należy przypomnieć, że Komisji przysługuje prawo inicjatywy ustawodawczej, zatem ma ona możliwość wycofywania swoich wniosków. Niezależnie od tego należy mieć na uwadze, że w ramach procedury legislacyjnej wnioski te mogą ulec licznym zmianom wprowadzanym przez Radę i Parlament, zatem tylko w ograniczonym zakresie można je brać pod uwagę jako wskazówkę interpretacyjną [92]. W przedmiocie ostatecznej wersji takiego rozporządzenia można tylko snuć przypuszczenia. Zatem taki wniosek nie może być podstawą uzasadnionych oczekiwań.

120. Państwo członkowskie nie może skutecznie powoływać się na uzasadnione oczekiwania zwłaszcza w sytuacji, gdy ono samo we właściwy sposób uczestniczyło w obu procedurach legislacyjnych. Procedury legislacyjne w przedmiocie rozporządzenia i dyrektywy 2005/29 toczyły się częściowo równolegle. Rząd austriacki jako konstytucyjny przedstawiciel państwa członkowskiego reprezentowanego w Radzie we właściwy sposób uczestniczył w obu procedurach legislacyjnych, a zatem był stale poinformowany o ich postępach. Nie może się zatem skutecznie powoływać na nieznajomość przebiegu obu procedur legislacyjnych.

121. Trybunał podkreślił, że przy dokonywaniu transpozycji dyrektyw szczególną odpowiedzialność ponoszą rządy państw członkowskich reprezentowanych w Radzie. Z faktu, iż uczestniczą one w pracach przygotowawczych nad dyrektywami, wywodzi on, że muszą być w stanie opracować w wyznaczonym terminie konieczne do ich wprowadzenia teksty ustaw [93].

122. Najpóźniej do czasu wycofania wniosku Komisji [94] rząd austriacki musiał zatem ewentualnie zbadać, czy przedmiotowy zakres

92 — Zobacz pkt 83 mojej opinii z dnia 29 października 2009 r. w sprawie C-484/08 Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, w toku. Podobnie K. Riesenhuber, Die Auslegung, w: *Europäische Methodenlehre*, Berlin 2006, s. 257, pkt 31. Autor stwierdza, że w europejskim prawie prywatnym główną rolę odgrywa wykładnia historyczna, której przedmiotem jest tło historyczne i geneza. Jeżeli celem wykładni jest ustalenie zamysłu prawodawcy, to najpierw należy stwierdzić, czyj zamysł ma decydujące znaczenie. Demokratycznie legitymowanym prawodawcą są jedynie te organy prawodawcze, których zgoda w konkretnym przypadku jest podstawą danego aktu prawa. Natomiast różne organy wyrażają jedynie swoje stanowisko, i tak Komisji przysługuje tylko prawo inicjatywy ustawodawczej oraz możliwość wycofywania wniosków; w trakcie procedury legislacyjnej jej wnioski mogą być dowolnie zmieniane. Z faktu nieprzyjęcia wniosków lub projektów Komisji mógłby wynikać co najwyżej (ale nie w sposób wiążący) argument a contrario.

93 — Wyroki: z dnia 1 marca 1983 r. w sprawie 301/81 Komisja przeciwko Belgii, Rec. s. 467, pkt 11; z dnia 23 listopada 2000 r. w sprawie C-319/99 Komisja przeciwko Francji, Rec. s. I-10439, pkt 10.

94 — Decyzja Komisji o wycofaniu jej wniosku dotyczącego rozporządzenia została opublikowana w Dz.U. 2006, C 64, s. 3. W każdym razie Komisja ogłosiła tę decyzję już w komunikacie „Wyniki przeglądu wniosków legislacyjnych nierozstrzygniętych przez prawodawcę", COM(2005) 462 wersja ostateczna, s. 10, w dniu 27 września 2005 r.

stosowania dyrektywy 2005/29 rozciągałby się na dziedziny, które były dotychczas objęte planowanym rozporządzeniem. Konieczność takich działań nasuwała się, zwłaszcza że dyrektywa 2005/29 w ramach swoich pierwotnych założeń zakładała po pierwsze wprowadzenie ogólnych, pomocniczych przepisów w zakresie wspólnotowego prawa ochrony konsumentów, a po drugie doprowadzenie do całkowitej harmonizacji krajowych przepisów dotyczących nieuczciwych praktyk handlowych [95]. W odniesieniu do tego, że wycofanie nastąpiło w chwili, gdy nie upłynął jeszcze termin transpozycji dyrektywy, do obowiązków ustawodawcy austriackiego należało uwzględnienie tych informacji przy dostosowywaniu prawa krajowego.

123. Podsumowując, należy przypomnieć, że w wyroku w sprawach połączonych VTB-VAB i Galatea Trybunał nie nawiązał do w istocie identycznej argumentacji rządu belgijskiego, poprzez co pośrednio dał do zrozumienia, że jej nie podziela. Trybunał potwierdził to wreszcie w wyroku w sprawie Plus [96].

95 — Podobnie również J. Stuyck, op.cit. (ww. w przypisie 18), s. 161, który wyraża przypuszczenie, że niektóre państwa członkowskie w oczywisty sposób nie wiedziały, że przepisy wycofanego wniosku dotyczącego rozporządzenia w odniesieniu do stosunku pomiędzy przedsiębiorcą i konsumentem ostatecznie zostały ponownie uregulowane w dyrektywie 2005/29 (wobec jej celu, jakim jest całkowita harmonizacja).

96 — Wyżej wymieniony w przypisie 5 wyrok w sprawie Plus, pkt 33.

124. Należy zatem oddalić tę argumentację.

5. Wnioski końcowe

125. Podsumowując, należy stwierdzić, że przeciwko zgodności spornego przepisu krajowego z wymogami dyrektywy 2005/29 przemawia w pierwszym rzędzie okoliczność, że przepis ten – mający postać ogólnego zakazu – posiada strukturę, która nie umożliwia oceny uczciwości konkretnej praktyki handlowej w indywidualnym przypadku w taki sposób, w jaki czyni to dyrektywa [97].

126. Ponadto należy stwierdzić, że spornego przepisu krajowego – z uwzględnieniem również zawężającej wykładni dokonanej w orzecznictwie sądów austriackich – nie można uznać za stanowiący prawidłową transpozycję przepisów zawartych w art. 5 ust. 2, 4 i 5 dyrektywy. Wynika to z faktu, że ustawowe przesłanki prawa krajowego nie pokrywają się z przesłankami dyrektywy dotyczącymi uznania danej praktyki handlowej za nieuczciwą ani nie podlegają wykładni zgodnej z dyrektywą.

97 — Zobacz pkt 76–79 niniejszej opinii.

127. Jako że dyrektywa 2005/29 stoi na przeszkodzie ustanowieniu zakazu ofert wiązanych, takiego jak zawarty w § 9a ust. 1 pkt 1 UWG, nie ma potrzeby badania, czy ewentualnie naruszone zostały swobody podstawowe [98].

128. Wobec powyższego na pierwsze pytanie prejudycjalne należy udzielić takiej odpowiedzi, że przepisy dyrektywy 2005/29 stoją na przeszkodzie przepisowi krajowemu, zgodnie z którym zapowiadanie, oferowanie lub przyznawanie nieodpłatnych dodatków do druków periodycznych, jak również zapowiadanie nieodpłatnych dodatków do innych towarów lub usług, z zastrzeżeniem wymienionych enumeratywnie wyjątków, jest niedozwolone bez konieczności sprawdzania w indywidualnym przypadku wprowadzającego w błąd, agresywnego lub w inny sposób nieuczciwego charakteru praktyki handlowej również wtedy, gdy uregulowanie to służy nie tylko ochronie konsumentów, lecz także innym celom, które nie są objęte przedmiotowym zakresem zastosowania tej dyrektywy, przykładowo utrzymaniu pluralizmu mediów lub ochronie słabszych konkurentów.

129. W końcu w omawianym kontekście należy przypomnieć, że – w odróżnieniu od stanowiska, jakie zdaje się przyjmować sąd krajowy [99] – zgodnie z orzecznictwem Trybunału [100] w prawie wspólnotowym w każdym razie nie jest ustanowiony wymóg, aby w sporze między podmiotami prywatnymi sądy krajowe miały obowiązek niestosowania niezgodnych z dyrektywą przepisów prawa krajowego.

C — W przedmiocie drugiego pytania prejudycjalnego

130. Drugie pytanie prejudycjalne, zgodnie z jego rozsądną interpretacją, zmierza w istocie do ustalenia przez Trybunał, czy określona praktyka handlowa może zostać uznana za „nieuczciwą" w rozumieniu art. 5 ust. 2 dyrektywy 2005/29 w okolicznościach, które sąd krajowy najwyraźniej uznaje za zaistniałe. W swojej argumentacji sąd krajowy wychodzi konkretnie z założenia, że „umożliwienie udziału w grze związane z zakupem gazety przynajmniej dla części zainteresowanego kręgu odbiorców stanowi wprawdzie nie jedyny, ale decydujący powód zakupu gazety".

98 — Zobacz ww. w przypisie 4 wyrok w sprawach połączonych VTB-VAB i Galatea, pkt 67.

99 — Zobacz pkt 2.2 na s. 13 postanowienia odsyłającego. Sąd krajowy sam przyjmuje „bezprzedmiotowość" § 9a ust. 1 pkt 1 UWG w przypadku, gdyby Trybunał odpowiedział na pytanie pierwsze w sposób twierdzący.

100 — Zobacz w przedmiocie horyzontalnego skutku bezpośredniego dyrektyw: ww. w przypisie 64 wyrok w sprawie Marleasing, pkt 6; ww. w przypisie 64 wyrok w sprawie Faccini Dori, pkt 24 i nast.; wyrok z dnia 26 września 2000 r. w sprawie C-443/98 Unilever Italia, Rec. s. I-7535, pkt 50. W przedmiocie możliwości powstania roszczenia o naprawienie szkody z tytułu odpowiedzialności państwa za naruszenie zobowiązań ciążących na nim na mocy prawa wspólnotowego, w przypadku gdy nie jest możliwe dokonanie wykładni przepisów krajowych w sposób zgodny z dyrektywą, zob. wyroki: z dnia 8 października 1996 r. w sprawach połączonych C-178/94, C-179/94 i od C-188/94 do C-190/94 Dillenkofer i in., Rec. s. I-4845; z dnia 24 września 1998 r. w sprawie C-111/97 EvoBus Austria, Rec. s. I-5411, pkt 27, 28; z dnia 28 października 1999 r. w sprawie C-81/98 Alcatel Austria i in., Rec. s. I-7671, pkt 49, 50.

Ta cecha ma znaczenie przede wszystkim dla wyjaśnienia kwestii, czy w konkretnej sprawie w sposób istotny zniekształcono zachowanie gospodarcze przeciętnego konsumenta zgodnie z art. 5 ust. 2 lit. b) dyrektywy.

131. Artykuł 5 ust. 2 lit. b) dyrektywy precyzuje, że znaczenie ma przede wszystkim skutek praktyki gospodarczej wywierany na zachowanie przeciętnego konsumenta, do którego dociera bądź do którego jest skierowana. Jednakże ten przepis dyrektywy nie tylko przejmuje metodę badania wypracowaną przez Trybunał, lecz rozwija ją, dostosowując do sytuacji, które dotyczą interesów specyficznych grup [101]. W sytuacji gdy określona praktyka gospodarcza jest skierowana do określonej grupy konsumentów, znaczenie ma to, czy ta praktyka gospodarcza w sposób istotny zniekształca lub może w sposób istotny zniekształcić zachowanie gospodarcze przeciętnego członka tej grupy. Za podstawę tego badania należy przyjąć sposób postrzegania przeciętnego konsumenta, przy czym uwzględnia się między innymi jego oczekiwania i możliwe do przewidzenia reakcje [102].

132. Przy uwzględnieniu okoliczności, że zaproszenie do udziału w grze opublikowane przez pozwaną w postępowaniu przed sądem krajowym ukazało się najwyraźniej w gazecie ogólnej, a nie na przykład w gazecie sportowej, do sądu krajowego należy zbadanie, w jakim zakresie oferta ta była skierowana ewentualnie do specyficznej grupy czytelników, i w związku z tym należy zastosować wyżej wymienione drugie kryterium oceny.

133. Niezależnie od tego należy przypomnieć, że stwierdzenie nieuczciwości praktyki handlowej w rozumieniu art. 5 ust. 2 jest możliwe przy łącznym spełnieniu przesłanek określonych w lit. a) i b) [103]. Zatem w postępowaniu przed sądem krajowym musi być spełniona dodatkowo przesłanka naruszenia wymogów staranności zawodowej. Pojęcie staranności zawodowej jest zdefiniowane w art. 2 lit. h) dyrektywy jako „standard dotyczący szczególnej wiedzy i staranności, których można w racjonalny sposób oczekiwać od przedsiębiorcy w jego relacjach z konsumentami, zgodnie z uczciwymi praktykami rynkowymi lub ogólną zasadą dobrej wiary w zakresie jego działalności". Do sądu krajowego należy ustalenie, czy w sprawie przed sądem krajowym nastąpiło naruszenie staranności zawodowej.

134. Zatem na drugie pytanie prejudycjalne należy udzielić takiej odpowiedzi, że umożliwienie udziału w grze związane z zakupem gazety nie stanowi nieuczciwej praktyki w rozumieniu art. 5 ust. 2 dyrektywy 2005/29 z samego tego powodu, że przynajmniej dla części zainteresowanego kręgu odbiorców ta możliwość udziału stanowi wprawdzie nie jedyny, ale decydujący powód zakupu gazety.

101 — Podobnie również G. Abbamonte, op.cit. (ww. w przypisie 57), s. 25, który mówi o rozwinięciu poprzez modyfikację metody badania w przypadkach dotyczących interesów takich specyficznych grup.

102 — G. Abbamonte, op.cit. (ww. w przypisie 57), s. 25, podaje przykłady stosowania tego przepisu. W przypadku gdy daną praktykę handlową stosuje się wobec określonej grupy konsumentów, na przykład dzieci lub techników budowy rakiet, za podstawę oceny należy przyjąć sposób postrzegania przeciętnego członka tej grupy. Zdaniem autora w przypadku reklamy zabawek w programie dziecięcym za podstawę oceny przyjmie się oczekiwania i możliwe do przewidzenia reakcje przeciętnego dziecka w obrębie danej grupy docelowej z pominięciem oczekiwań i reakcji właściwych dziecku, którego stopień rozwoju wyjątkowo nie odpowiada jego wiekowi.

103 — Zobacz pkt 93 niniejszej opinii.

VII — Wnioski

135. W świetle powyższych rozważań proponuję, by na pytania Oberster Gerichtshof Trybunał udzielił następującej odpowiedzi:

„1. Przepisy dyrektywy 2005/29/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 maja 2005 r. dotyczącej nieuczciwych praktyk handlowych stosowanych przez przedsiębiorstwa wobec konsumentów na rynku wewnętrznym oraz zmieniającej dyrektywę Rady 84/450/EWG, dyrektywy 97/7/WE, 98/27/WE i 2002/65/WE Parlamentu Europejskiego i Rady oraz rozporządzenie (WE) nr 2006/2004 Parlamentu Europejskiego i Rady (»dyrektywy o nieuczciwych praktykach handlowych«) należy interpretować w ten sposób, że stoją one na przeszkodzie przepisowi krajowemu, takiemu jak § 9a ust. 1 pkt 1 UWG, zgodnie z którym zapowiadanie, oferowanie lub przyznawanie nieodpłatnych dodatków do druków periodycznych, jak również zapowiadanie nieodpłatnych dodatków do innych towarów lub usług, z zastrzeżeniem wymienionych enumeratywnie wyjątków, jest niedozwolone bez konieczności sprawdzania w indywidualnym przypadku wprowadzającego w błąd, agresywnego lub w inny sposób nieuczciwego charakteru praktyki handlowej również wtedy, gdy przepis ten służy nie tylko ochronie konsumentów, lecz także innym celom, które nie są objęte przedmiotowym zakresem zastosowania tej dyrektywy, przykładowo utrzymaniu pluralizmu mediów lub ochronie słabszych konkurentów.

2. Umożliwienie udziału w grze związane z zakupem gazety nie stanowi nieuczciwej praktyki w rozumieniu art. 5 ust. 2 dyrektywy 2005/29/WE z samego tego powodu, że przynajmniej dla części zainteresowanego kręgu odbiorców ta możliwość udziału stanowi wprawdzie nie jedyny, ale decydujący powód zakupu gazety".