NÁVRHY GENERÁLNEJ ADVOKÁTKY
VERICA TRSTENJAK
prednesené 24. marca 2010[1]

Obsah

I — Úvod ..... I - 10913

II — Právny rámec ..... I - 10914

A — Právo Spoločenstva ..... I - 10914

B — Vnútroštátne právo ..... I - 10916

III — Skutkový stav, konanie vo veci samej a prejudiciálne otázky ..... I - 10917

IV — Konanie na Súdnom dvore ..... I - 10918

V — Hlavné tvrdenia účastníkov konania ..... I - 10919

A — Prvá prejudiciálna otázka ..... I - 10919

B — Druhá prejudiciálna otázka ..... I - 10921

VI — Právne posúdenie ..... I - 10922

A — Úvodné poznámky ..... I - 10922

B — Prvá prejudiciálna otázka ..... I - 10923

1. Pojem „obchodné praktiky“ v zmysle článku 2 písm. d) smernice 2005/29 .... I - 10924

2. Osobná pôsobnosť smernice 2005/29 ..... I - 10924

a) Oblasť, na ktorú sa vzťahuje smernica 2005/29 ..... I - 10925

1 — Jazyk prednesu: nemčina.

b) Cieľ ochrany zákazu stanoveného v § 9a ods. 1 bode 1 UWG ..... I - 10928

i) Význam chránených práv ..... I - 10928

ii) Preskúmanie relevantných vnútroštátnych ustanovení a judikatúry ..... I - 10930

c) Záver ..... I - 10932

3. Preskúmanie štruktúry obidvoch právnych úprav ..... I - 10932

a) Ustanovenia smernice 2005/29 ..... I - 10932

i) Cieľ úplnej a maximálnej harmonizácie vnútroštátnych právnych úprav ..... I - 10933

ii) Normatívna štruktúra smernice 2005/29 ..... I - 10934

b) Ustanovenia UWG ..... I - 10935

Predstavenie normatívnej štruktúry zákazu stanoveného v § 9a ods. 1 bode 1 UWG ..... I - 10936

4. Zlučiteľnosť sporného ustanovenia so smernicou 2005/29 ..... I - 10937

a) Písané vnútroštátne právo ..... I - 10937

i) Protikladný koncept normatívneho systému ..... I - 10937

ii) Nedostatočnosť výnimiek stanovených v § 9a ods. 2 UWG ..... I - 10938

iii) Predbežný záver ..... I - 10939

b) Možnosť poskytnúť súladný výklad so smernicou ..... I - 10940

i) Preskúmanie z hľadiska ustanovení smernice ..... I - 10941

— Článok 5 ods. 4 a 5 smernice 2005/29 ..... I - 10941

— Článok 5 ods. 2 smernice 2005/29 ..... I - 10943

c) Záver ..... I - 10950

5. Záver ..... I - 10953

C — Druhá prejudiciálna otázka ..... I - 10954

VII — Návrh ..... I - 10956

I — Úvod

1. V rámci tohto prejudiciálneho konania na základe článku 234 ES [2] Oberster Gerichtshof Rakúskej republiky (ďalej len „vnútroštátny súd“) položil Súdnemu dvoru dve prejudiciálne otázky týkajúce sa výkladu smernice Európskeho parlamentu a Rady 2005/29/ES z 11. mája 2005 o nekalých obchodných praktikách podnikateľov voči spotrebiteľom na vnútornom trhu [3] (ďalej len „smernica 2005/29“). Ide v podstate o otázku, či je vnútroštátna právna úprava, ktorá zakazuje oznámenie, ponuku alebo poskytovanie bezodplatných výhod k periodickej tlači, rovnako ako oznámenie bezodplatných výhod spojených s inými tovarmi alebo službami, bez povinnosti overiť v každom jednotlivom prípade klamlivú, agresívnu alebo nekalú povahu takejto obchodnej praktiky, zlučiteľná s právom Spoločenstva.

2 — V súlade s Lisabonskou zmluvou, ktorou sa mení a dopĺňa Zmluva o Európskej únii a Zmluva o založení Európskeho spoločenstva, podpísanou v Lisabone 13. decembra 2007 (Ú. v. EÚ C 306, s. 1), konanie o návrhu na začatie prejudiciálneho konania je upravené článkom 267 Zmluvy o fungovaní Európskej únie.

3 — Smernica Európskeho parlamentu a Rady 2005/29/ES z 11. mája 2005 o nekalých obchodných praktikách podnikateľov voči spotrebiteľom na vnútornom trhu, ktorou sa mení a dopĺňa smernica Rady 84/450/EHS, smernice Európskeho parlamentu a Rady 97/7/ES, 98/27/ES a 2002/65/ES a nariadenie Európskeho parlamentu a Rady (ES) č. 2006/2004 („smernica o nekalých obchodných praktikách“) (Ú. v. EÚ L 149, s. 22).

2. Návrh na začatie prejudiciálneho konania vychádza zo žaloby na zdržanie sa konania spoločnosti Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG (ďalej len „žalobkyňa vo veci samej“) podanej proti „Österreich“-Zeitungsverlag GmbH (ďalej len „žalovaná vo veci samej“) z dôvodu protisúťažného použitia prémie vo forme podpornej hry, ktorú vnútroštátne právo v zásade zakazuje.

3. Po spojených veciach C-261/07 (VTB-VAB) a C-299/07 (Galatea) [4], ako aj veci C-304/08 (Plus) [5] ide už o tretiu vec v rámci návrhov na začatie prejudiciálneho konania, ktorými sa vnútroštátne súdy pýtajú na zlučiteľnosť zákazov viazaných ponúk stanovených členskými štátmi so smernicou 2005/29. Jednou z hlavných otázok odlišujúcich prejednávanú vec od tých predchádzajúcich je, či možno overiť aj zlučiteľnosť dotknutej vnútroštátnej právnej úpravy, ktorej cieľom má byť ochrana plurality médií a zároveň účastníkov hospodárskej súťaže, s právom Spoločenstva.

4 — Rozsudok z 23. apríla 2009, VTB-VAB a Galatea, C-261/07 a C-299/07, Zb. s. I-2949.

5 — Rozsudok zo 14. januára 2010, Plus Warenhandelsgesellschaft, C-304/08, Zb. s. I-217.

II — Právny rámec

A — *Právo Spoločenstva*

4. Článok 1 smernice 2005/29 znie takto:

„Účelom tejto smernice je prispieť k riadnemu fungovaniu vnútorného trhu a dosiahnuť vysokú úroveň ochrany spotrebiteľa aproximáciou zákonov, iných právnych predpisov a správnych opatrení členských štátov o nekalých obchodných praktikách poškodzujúcich ekonomické záujmy spotrebiteľov.“

5. Článok 2 smernice 2005/29 stanovuje:

„Na účely tejto smernice:

…

d) ‚obchodné praktiky podnikateľov voči spotrebiteľom‘ (ďalej tiež ‚obchodné praktiky‘) sú akékoľvek konanie, opomenutie, spôsob správania alebo vyjadrenie,

obchodná komunikácia vrátane reklamy a marketingu obchodníka, priamo spojené s podporou, predajom alebo dodávkou produktu spotrebiteľom;

…“

6. Článok 3 ods. 1 smernice stanovuje:

„Táto smernica sa uplatňuje na nekalé obchodné praktiky podnikateľov voči spotrebiteľom tak, ako sú ustanovené v článku 5, pred, počas a po uskutočnení obchodnej transakcie vo vzťahu k produktu.“

7. Článok 4 smernice znie takto:

„Členské štáty neobmedzia slobodu poskytovať služby ani neobmedzia voľný pohyb tovarov z dôvodov, ktoré spadajú do oblasti, ktorú aproximuje táto smernica.“

8. Článok 5 smernice s názvom „Zákaz nekalých obchodných praktík“ stanovuje:

„1. Nekalé obchodné praktiky sú zakázané.

2. Obchodná praktika je nekalá, ak:

a) je v rozpore s požiadavkami odbornej starostlivosti

a

b) podstatne narušuje alebo je spôsobilá podstatne narušiť ekonomické správanie priemerného spotrebiteľa vo vzťahu k produktu, ku ktorému sa dostane alebo ktorému je adresovaná, alebo priemerného člena skupiny, ak je obchodná praktika orientovaná na určitú skupinu spotrebiteľov.

3. Obchodné praktiky, ktoré sú spôsobilé podstatne narušiť ekonomické správanie iba jasne identifikovateľnej skupiny spotrebiteľov, ktorí sú obzvlášť zraniteľní touto praktikou

alebo základným produktom z dôvodu ich duševnej poruchy alebo fyzickej vady, veku alebo dôverčivosti spôsobom, ktorý môže obchodník rozumne predpokladať, sa posudzujú z pohľadu priemerného člena tejto skupiny. Tým nie sú dotknuté bežné a oprávnené reklamné praktiky, akými sú zveličujúce vyhlásenia alebo vyhlásenia, ktoré nie sú mienené doslovne.

4. Za nekalé obchodné praktiky sa považujú najmä tie, ktoré:

a) sú klamlivé v zmysle článkov 6 a 7,

alebo

b) sú agresívne v zmysle článkov 8 a 9.

5. Príloha I obsahuje výpočet tých obchodných praktík, ktoré sa za každých okolností považujú za nekalé. Ten istý jediný výpočet sa uplatňuje vo všetkých členských štátoch a môže byť upravený iba novelizáciou tejto smernice.“

9. Oznámenie, ponuka alebo poskytovanie bezodplatnej výhody k periodickej tlači nie sú uvedené v prílohe I smernice medzi praktikami, ktoré sa za každých okolností považujú za nekalé.

B — *Vnútroštátne právo*

10. Paragraf 9a ods. 1 rakúskeho zákona proti nekalej súťaži (ďalej len „UWG“) [6] znie takto:

„Ten, kto pri výkone obchodnej činnosti súťažnej povahy

1. vo verejných oznámeniach alebo v iných oznámeniach, ktoré sú určené pre väčšiu skupinu osôb, uvedie, že spotrebiteľom sa poskytnú popri tovare alebo službách bezodplatné výhody (prémie), alebo ponúkne, oznámi alebo poskytne spotrebiteľom bezodplatné výhody (prémie) v spojení s periodickou tlačou, alebo

6 — Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb 1984 – UWG, BGBl. č. 448, zákon zmenený a doplnený zákonom z 13. novembra 2007, BGBl. č. 79/2007.

2. ponúkne, oznámi alebo poskytne podnikateľom okrem tovaru alebo služieb bezodplatné výhody (prémie),

môže byť požiadaný, aby sa tohto konania zdržal a aby nahradil vzniknutú škodu. Uvedené platí aj vtedy, keď je bezodplatnosť výhody zastretá prostredníctvom celkovej ceny za tovary alebo služby, prostredníctvom fiktívnej ceny za výhodu alebo iným spôsobom."

III — Skutkový stav, konanie vo veci samej a prejudiciálne otázky

11. Podľa informácií vnútroštátneho súdu tento súd má rozhodnúť spor medzi dvoma konkurentmi na rakúskom trhu s denníkmi, ktorý má pôvod v oznámení žalovanej v jej novinách týkajúcom sa voľby „futbalistu roka". V hrubo zvýraznenom úvodníku k článku sa uvádzalo: „Zúčastniť sa oplatí: Vyhrajte večeru s víťazom veľkej voľby futbalistu roka." Naľavo od článku sa nachádzal „volebný kupón" s nápisom „Vystrihnúť a zaslať". Vpravo sa uvádzala možnosť voľby cez internet. Podobné články sa objavovali nasledujúcich deväť dní.

12. Súd prvého stupňa rozhodol, že oznámenie predstavuje prémiu zakázanú v zmysle § 9a ods. 1 bodu 1 UWG, a vyhovel návrhu na zdržanie sa konania uznesením o nariadení predbežného opatrenia. Naproti tomu odvolací súd rozhodol, že oznámenie nemá podstatný vplyv na trh, v dôsledku čoho žalobkyňa podala na najvyšší súd návrh na obnovenie uznesenia o nariadení predbežného opatrenia vydaného súdom prvého stupňa. Podľa predbežného posúdenia najvyššieho súdu sa malo na základe § 9a ods. 1 bodu 1 UWG vyhovieť žalobkyni. Tento súd však má pochybnosti, pokiaľ ide o zlučiteľnosti § 9a ods. 1 bodu 1 UWG so smernicou, ktorá závisí od výkladu rozsahu pôsobnosti tejto smernice.

13. Za daných podmienok Oberster Gerichtshof rozhodol prerušiť konanie a položiť Súdnemu dvoru tieto prejudiciálne otázky:

„1. Odporuje článku 3 ods. 1 a článku 5 ods. 5 smernice Európskeho parlamentu a Rady 2005/29/ES z 11. mája 2005 o nekalých obchodných praktikách podnikateľov voči spotrebiteľom na vnútornom

trhu, ktorou sa mení a dopĺňa smernica Rady 84/450/EHS, smernice Európskeho parlamentu a Rady 97/7/ES, 98/27/ES a 2002/65/ES a nariadenie Európskeho parlamentu a Rady (ES) č. 2006/2004 (smernica o nekalých obchodných praktikách), alebo iným ustanoveniam tejto smernice vnútroštátna právna úprava, ktorá okrem taxatívne vymenovaných výnimiek zakazuje oznámenie, ponuku alebo poskytovanie bezodplatných výhod k periodickej tlači, rovnako ako oznámenie bezodplatných výhod k iným tovarom alebo službám, bez povinnosti preveriť v každom jednotlivom prípade klamlivú, agresívnu alebo inak nekalú povahu takejto obchodnej praktiky, a to aj v prípade, ak dotknuté vnútroštátne ustanovenie sleduje nielen cieľ ochrany spotrebiteľov, ale aj iné ciele, ktoré nespadajú do vecnej pôsobnosti vyššie citovanej smernice, ako napríklad zachovanie plurality tlače alebo ochrana slabších účastníkov hospodárskej súťaže?

2. V prípade kladnej odpovede na prvú otázku, predstavuje možnosť účasti na hre o cenu spojená s kúpou novín nekalú obchodnú praktiku v zmysle článku 5 ods. 2 smernice o nekalých obchodných praktikách výlučne preto, lebo táto možnosť účasti na hre predstavuje prinajmenšom pre časť oslovenej verejnosti síce nie jediný, ale určite rozhodujúci motív, ktorý ju viedol ku kúpe novín?“

IV — Konanie na Súdnom dvore

14. Návrh na začatie prejudiciálneho konania s dátumom 18. novembra 2008 bol 4. decembra 2008 doručený do kancelárie Súdneho dvora.

15. Účastníci konania vo veci samej, vlády Rakúskej republiky a Belgického kráľovstva, ako aj Komisia podali písomné pripomienky v lehote stanovenej Štatútom Súdneho dvora.

16. Na pojednávaní 19. januára 2010 zástupcovia účastníkov konania vo veci samej, splnomocnení zástupcovia rakúskej a nemeckej vlády, ako aj Komisie predložili svoje ústne pripomienky.

V — Hlavné tvrdenia účastníkov konania

odôvodnenie, chrániť priamo ekonomické záujmy spotrebiteľov, nemôže sa uplatňovať na ustanovenia vnútroštátneho práva, ako sú ustanovenia tvoriace predmet prejednávanej veci, ktoré sledujú iné hlavné ciele, konkrétne ochranu účastníkov hospodárskej súťaže a zachovanie plurality médií, a iba nepriamo ochranu spotrebiteľov.

A — *Prvá prejudiciálna otázka*

17. Svojou prvou prejudiciálnou otázkou sa vnútroštátny súd v podstate pýta, či ustanovenie práva členského štátu ukladajúce zásadný zákaz predaja spojeného s prémiami patrí do pôsobnosti smernice 2005/29, hoci jeho cieľom nie je výlučne ochrana spotrebiteľov.

20. Žalobkyňa vo veci samej a rakúska vláda pre každý prípad vyhlásili, že zákaz predaja spojeného s prémiami stanovený v § 9a ods. 1 bode 1 UWG je naisto zlučiteľný so smernicou.

18. Žalobkyňa vo veci samej, ako aj rakúska a belgická vláda navrhujú, aby Súdny dvor dal zápornú odpoveď na túto otázku.

19. V tejto súvislosti pripomínajú, že podpora predaja bola predmetom návrhu nariadenia, ktoré jasne odlíšilo právne posúdenie takýchto podporných opatrení od nekalých obchodných praktík, teraz upravených smernicou 2005/29. Komisia však tento návrh vzala späť v roku 2006, rok po prijatí smernice. V dôsledku toho nemožno povedať, že podpora predaja implicitne patrí do pôsobnosti smernice. Okrem toho, keďže cieľom smernice je, ako to preukazuje jej šieste

21. Článok 5 ods. 2 smernice 2005/29 totiž umožňuje členským štátom považovať za nekalé, a teda zakázať, obchodné praktiky, ktoré sú v rozpore s požiadavkami odbornej starostlivosti a sú spôsobilé podstatne narušiť ekonomické správanie priemerného spotrebiteľa. Sporný zákaz formulovaný členským štátom sa môže uplatniť len v prípade, ak vnútroštátny súd konštatuje, že spotrebiteľ si kúpil periodickú tlač jedine z dôvodov, ktoré nesúvisia so samotným výrobkom a ktoré sú spojené s možnosťou prípadného získania dodatočnej výhody, a ak takéto výhody nepatria

medzi výnimky uvedené v § 9a ods. 2 UWG. Okrem toho vnútroštátne súdy posudzujú každý prípad jednotlivo.

22. Podľa žalobkyne vo veci samej sa rakúske ustanovenie jasne odlišuje od ustanovení, ktoré boli predmetom spojených vecí C-261/07 (VTB-VAB) a C-299/07 (Galatea), ako aj veci C-304/08 (Plus), pretože tieto posledné menované ustanovenia obsahovali všeobecné zákazy, a teda nezohľadňovali osobitné okolnosti jednotlivých prípadov.

23. Naproti tomu žalovaná vo veci samej tvrdí, že v súlade so šiestym odôvodnením sú z pôsobnosti smernice 2005/29 vyňaté len tie vnútroštátne právne predpisy, ktoré poškodzujú „iba“ ekonomické záujmy účastníkov hospodárskej súťaže alebo ktoré sa týkajú obchodných transakcií medzi obchodníkmi. To však zjavne nie je prípad sporného ustanovenia, lebo hlavným a priamym cieľom § 9a ods. 1 bod 1 UWG je ochrana spotrebiteľov.

24. Okrem iného sa domnieva, že zákaz stanovený týmto ustanovením nie je zlučiteľný s koncepciou smernice, pretože podpora odbytu prostredníctvom poskytovania prémií, hoci nie je uvedená v zozname obchodných praktík, ktoré sa za každých okolností považujú za nekalé, v prílohe I smernice 2005/29, podlieha všeobecnému zákazu stanovenému rakúskym právom, ako to konštatoval Oberster Gericht vo svojom návrhu na začatie prejudiciálneho konania.

25. Nemecká vláda sa na pojednávaní odvolala na vec C-304/08 (Plus) a uviedla, že napriek plnej harmonizácii sledovanej smernicou voľná úvaha, ktorou disponujú členské štáty pri prebratí, zostáva nedotknutá. To sa týka najmä prebratia pojmov vyžadujúcich podrobnejšiu úpravu, akými sú pojmy obsiahnuté v právnych definíciách smernice 2005/29, do vnútroštátneho práva. Nemecká vláda sa domnieva, že smernica 2005/29 nebráni ustanoveniu vnútroštátneho práva, ak takéto ustanovenie sleduje iný cieľ ako uvedená smernica.

26. Komisia naopak obhajuje vlastnú koncepciu, na jednej strane vysvetľujúc, že smernica 2005/29 bráni všeobecnému a abstraktnému zákazu, akým je zákaz obsiahnutý v spornom ustanovení, ale na druhej strane prichádzajúc k záveru, že toto ustanovenie nepatrí do pôsobnosti smernice, lebo

prednostne sleduje iné ciele, konkrétne zachovanie plurality médií, a iba v malom rozsahu ochranu spotrebiteľov a poctivý obchodný styk.

29. Žalobkyňa vo veci samej sa obmedzuje na konštatovanie, že sporné konanie žalovanej vo veci samej predstavuje nekalú obchodnú praktiku, ale nepredkladá v tomto zmysle dôkazy.

B — *Druhá prejudiciálna otázka*

30. Komisia sa domnieva, že ak by aj možnosť účasti na hre o cenu bola jediným dôvodom, pre ktorý si spotrebiteľ noviny kúpi, nestačí to na vyvodenie záveru o existencii nekalej obchodnej praktiky v zmysle smernice 2005/29, ale predstavuje iba jednu z okolností, ktorú môže zohľadniť vnútroštátny súd pri posúdení prejednávaného prípadu.

27. V prípade, ak by Súdny dvor odpovedal na prvú prejudiciálnu otázku kladne, sa vnútroštátny súd pýta, či sa má predaj spojený s prémiami považovať za nekalú obchodnú praktiku v zmysle článku 5 ods. 2 smernice 2055/29 výlučne preto, lebo takáto možnosť účasti na hre predstavuje prinajmenšom pre časť oslovenej verejnosti síce nie jediný, ale určite rozhodujúci motív, ktorý ju viedol ku kúpe hlavného výrobku.

31. Žalovaná vo veci samej zdôrazňuje, že pojem obchodná praktika odkazuje na priemerného spotrebiteľa, ktorý je v judikatúre Súdneho dvora opísaný ako „priemerný spotrebiteľ, riadne informovaný a primerane pozorný a obozretný“. Takto opísaný spotrebiteľ si je vedomý, že v trhovej ekonomike je cieľom reklamy a podpory predaja získať klientov, a to vďaka nielen cene a kvalite výrobkov, ale aj prísľubu iných výhod. Práve preto predstavuje predaj spojený s prémiami nekalú obchodnú praktiku iba výnimočne, a to vtedy, ak je ponuka koncipovaná spôsobom, že môže viesť spotrebiteľa ku kúpe výrobku nie z dôvodov spojených so samotným výrobkom, ale iba kvôli perspektíve získania dodatočnej výhody.

28. Keďže rakúska aj belgická vláda odpovedali na prvú prejudiciálnu otázku záporne, v súvislosti s druhou prejudiciálnou otázkou nepredložili svoje pripomienky, zatiaľ čo žalobkyňa vo veci samej aj Komisia pre každý prípad svoje pripomienky predložili.

VI — Právne posúdenie

A — *Úvodné poznámky*

32. Prejednávaná vec je už treťou zo série návrhov na začatie prejudiciálneho konania, ktorými vnútroštátne súdy žiadajú Súdny dvor o objasnenie rozsahu, v akom zákazy viazaných ponúk stanovené členskými štátmi možno ešte považovať za zlučiteľné s právom Spoločenstva vzhľadom na jeho súčasný stav. Táto otázka je o to relevantnejšia, že cieľom smernice 2005/29 prijatej Európskym parlamentom a Radou 11. mája 2005 je vytvoriť jednotný právny rámec právnej úpravy o nekalých obchodných praktikách.

33. Vzhľadom na cieľ úplnej harmonizácie právnych úprav v oblasti nekalých obchodných praktík medzi podnikateľmi a spotrebiteľmi [7] v členských štátoch Spoločenstva sa táto otázka týka nielen nových ustanovení, ktoré členské štáty zaviedli pri prebratí smernice, ale aj ustanovení, akým je sporné ustanovenie § 9a ods. 1 UWG, ktoré boli platné už pred prijatím smernice, ale o ktorých sa dotknutý členský štát domnieva, že majú transpozičnú funkciu.

34. Vzhľadom na obmedzenú voľnú úvahu v oblasti prebratia uloženého členským štátom v prípade úplnej harmonizácie zachovanie takýchto ustanovení nie je z právneho hľadiska vždy bezproblémové. Hoci tieto ustanovenia patria do pôsobnosti dotknutej smernice, často nie sú v súlade s povinnosťami uloženými touto smernicou. Táto situácia nastala v Belgicku [8] a v Nemecku [9] pri prebratí smernice 2005/29, ako to preukazujú veci VTB-VAB a Galatea, ako aj Plus.

7 — Pozri rozsudky z 23. apríla 2009, VTB-VAB a Galatea, už citovaný v poznámke pod čiarou 4, bod 52, a zo 14. januára 2010, Plus Warenhandelsgesellschaft, už citovaný v poznámke pod čiarou 5, bod 41.
V prípade pokročilejšej harmonizácie práva nekalých obchodných praktík a zmluvného práva v Európskej únii treba tiež zohľadniť požiadavky stanovené v „Draft Common Frame of Reference“ (DCFR), pretože jedným z jeho hlavných aspektov je ochrana spotrebiteľov, ktorá napríklad ukladá predajcovi voči spotrebiteľovi osobitné informačné povinnosti týkajúce sa hlavných znakov kupovaných tovarov a služieb (pozri napríklad II.-3:102 DCFR). Tieto „dobré obchodné praktiky“ sú v určitej miere v protiklade k „zakázaným obchodným praktikám“ uvedeným v prílohe I smernice 2005/29.

8 — Ide o článok 54 a nasl. belgického zákona zo 14. júla 1991 o obchodných praktikách a o informovaní a ochrane spotrebiteľa.

9 — Ide o § 3 a § 6 ods. 6 nemeckého zákona proti nekalej súťaži (Gesetz gegen den unlauteren Wettbwerb, UWG, BGBl. I, s. 1414), ktorý bol naposledy zmenený a doplnený paragrafom 1 prvého pozmeňujúceho zákona (erster Änderungsgesetz) z 22. decembra 2008 BGBl. I, s. 2949.

35. Podľa článku 20 nadobudla smernica 2005/29 účinnosť v deň nasledujúci po dni jej uverejnenia v *Úradnom vestníku Európskej únie*, t. j. 12. júna 2005. Podľa článku 19 prvého odseku boli členské štáty povinné prispôsobiť ich vnútroštátne právo tým, že najneskôr do 12. júna 2007 prijmú zákony, iné právne predpisy a správne opatrenia a v ďalšej prechodnej šesťročnej lehote vnútroštátne predpisy stanovujúce prísnejšie ustanovenia. Tieto zákony, iné právne predpisy a správne opatrenia sa však mohli uplatňovať až od 12. decembra 2007.

36. Rakúska republika formálne dodržala lehotu na prebratie tým, že prijala zákon, ktorým sa mení a dopĺňa Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb 1984, UWG (UWG-Novelle 2007, zákon z roku 2007, ktorým sa mení a dopĺňa UWG), ktorý sa stal účinným 12. decembra 2007 [10]. Ako som však už uviedla, sporné ustanovenie § 9a ods. 1 bodu 1 UWG nebolo určené na prebratie smernice 2005/29, ale vychádza zo skoršej vnútroštátnej právnej úpravy [11]. Vo svojom návrhu na začatie prejudiciálneho konania vnútroštátny súd vyjadruje pochybnosti, pokiaľ ide o zlučiteľnosť tohto ustanovenia s právom Spoločenstva. [12]

10 — BGBl. I č. 79/2007.

11 — Zákaz prémií, stanovený v § 9a UWG, pôvodne upravený Prämiengesetz z 20. júla 1929 (BGBl. 227) a následne Zugabengesetz 1934, bol začlenený do UWG Wettbewerbs--Deregulierungsgesetz 1992 (BGBl. 1992/147). Pokiaľ ide o genézu tohto ustanovenia, pozri DUURSMA, D., in: *UWG – Kommentar*. Hrsg. Maximilian Gumpoldsberger, Peter Baumann. Wien 2006, § 9a bod 1, s. 276, a WILTSCHEK, L.: *UWG – Kommentar*. 2. vyd. Wien 2007, § 9a, s. 44.

12 — Pozri najmä s. 9 a 10 návrhu na začatie prejudiciálneho konania.

B — *Prvá prejudiciálna otázka*

37. Najprv je potrebné pripomenúť, že v rámci konania začatého na základe článku 234 ES nemá Súdny dvor právomoc rozhodovať o zlučiteľnosti vnútroštátneho opatrenia s právom Spoločenstva. Súdny dvor má však právomoc poskytnúť vnútroštátnemu súdu všetky výkladové prostriedky vyplývajúce z práva Spoločenstva, ktoré mu umožnia posúdiť túto zlučiteľnosť na účely rozhodnutia veci, ktorú prejednáva. [13]

38. Prvá prejudiciálna otázka smeruje k tomu, aby Súdny dvor určil, či smernica 2005/29 bráni ustanoveniu vnútroštátneho práva, akým je § 9a ods. 1 bod 1 UWG. V tejto súvislosti treba najprv preskúmať, či takéto ustanovenie vzhľadom na svoj predmet spadá do vecnej a osobnej pôsobnosti smernice 2005/29. Ďalej treba preskúmať, či sa má táto smernica vykladať v tom zmysle, že právne účinky porušenia tohto ustanovenia, stanovené rakúskym právom, tiež spadajú do jej pôsobnosti.

13 — Pozri rozsudky z 15. júla 1964, Costa, 6/64, Zb. s. 1141; z 29. novembra 2001, De Coster, C-17/00, Zb. s. I-9445, bod 23, a zo 16. januára 2003, Pansard a i., C-265/01, Zb. s. I-683, bod 18.

1. Pojem „obchodné praktiky“ v zmysle článku 2 písm. d) smernice 2005/29

39. Podľa informácií vnútroštátneho súdu § 9a ods. 1 bod 1 UWG zakazuje podnikateľom ponúkať spotrebiteľom bezodplatné výhody spojené s tovarmi alebo so službami. V dôsledku toho treba prijať záver, že ide o zákaz viazaných ponúk.

40. Tento zákaz by sa mal týkať aj obchodných praktík v zmysle článku 2 písm. d) smernice 2005/29. Uvedené ustanovenie definuje pojem obchodná praktika použitím mimoriadne širokej formulácie [14] ako „akékoľvek konanie, opomenutie, spôsob správania alebo vyjadrenie, obchodná komunikácia vrátane reklamy a marketingu obchodníka, priamo spojené s podporou, predajom alebo dodávkou produktu spotrebiteľom“.

41. Ako som podrobne uviedla vo svojich návrhoch v spojených veciach C-261/07 (VTB-VAB) a C-299/07 (Galatea) [15] a ako potvrdil Súdny dvor v rozsudku, ktorý vydal v týchto veciach [16], viazané ponuky predstavujú obchodné konanie, ktoré patrí jednoznačne do oblasti obchodnej stratégie hospodárskeho subjektu a priamo súvisí s podporou odbytu a s predajom. Z toho vyplýva, že viazané ponuky predstavujú obchodné praktiky v zmysle článku 2 písm. d) smernice 2005/29, a teda zákaz viazaných ponúk stanovený v § 9a ods. 1 bode 1 UWG spadá do jej vecnej pôsobnosti. [17]

2. Osobná pôsobnosť smernice 2005/29

42. Na to, aby sporné ustanovenie vnútroštátneho práva v § 9a ods. 1 bod 1 UWG spadalo do pôsobnosti smernice, jeho cieľom, tak ako cieľom smernice, musí byť ochrana spotrebiteľov.

14 — Pozri rozsudky z 23. apríla 2009, VTB-VAB, už citovaný v poznámke pod čiarou 4, bod 49, a zo 14. januára 2010, Plus Warenhandelsgesellschaft, už citovaný v poznámke pod čiarou 5, body 36 a 39. Pozri KEIRSBILCK, B.: Towards a single regulatory framework of unfair commercial practices? In: *European business law review*, 4/2009, s. 505, ktorý sa domnieva, že smernica 2005/29 sa vyznačuje veľmi rozsiahlou pôsobnosťou.

15 — Pozri moje návrhy z 21. októbra 2008 vo veciach VTB-VAB a Galatea, rozsudok už citovaný v poznámke pod čiarou 4, body 68 až 70.

16 — Rozsudok VTB-VAB, už citovaný v poznámke pod čiarou 4, body 48 a 50. Pokiaľ ide o reklamnú kampaň podmieňujúcu bezplatnú účasť na lotérii zakúpením tovaru alebo využitím služby v určitom rozsahu, pozri rozsudok Plus Warenhandelsgesellschaft, už citovaný v poznámke pod čiarou 5, bod 37.

17 — V tomto zmysle tiež HEIDINGER, R.: Zugabenverbot, quo vadis? In: *Medien und Recht*, 2009, č. 1, s. 45, ktorý sa domnieva, že ustanovenie § 9a UWG spadá do pôsobnosti smernice 2005/29, pretože zákaz, ktorý formuluje, musí byť kvalifikovaný ako právna úprava nekalých praktík voči spotrebiteľom.

a) Oblasť, na ktorú sa vzťahuje smernica 2005/29

43. Smernica sa v zásade vzťahuje iba na oblasť B2C (business to consumer), teda na vzťah medzi podnikateľmi a spotrebiteľmi. Uvedená skutočnosť vyplýva z článku 3 ods. 1, ktorý stanovuje, že táto smernica sa uplatňuje na nekalé obchodné praktiky podnikateľov voči spotrebiteľom pred uskutočnením obchodnej transakcie vo vzťahu k produktu, počas neho a po ňom. Tento vzťah sa zdôrazňuje predovšetkým v odôvodnení č. 8, podľa ktorého smernica priamo ochraňuje iba ekonomické záujmy spotrebiteľov pred nekalými obchodnými praktikami podnikateľov voči spotrebiteľom. [18]

44. Domnievam sa však, že je nesprávne predpokladať, že podľa smernice si hospodárske záujmy bežných účastníkov hospodárskej súťaže zaslúžia menšiu ochranu. [19] To som nakoniec uviedla vo svojich návrhoch z 3. septembra 2009 vo veci C-308/08 (Plus), pokiaľ ide o tvrdenie rakúskej vlády v tomto zmysle. [20] Ako totiž jasne vyplýva z odôvodnenia č. 8, smernica tiež nepriamo ochraňuje oprávnených podnikateľov pred ich konkurentmi, ktorí sa neriadia pravidlami tejto smernice. Normatívnym vyjadrením toho je článok 11 ods. 1 smernice, z ktorého vyplýva povinnosť členských štátov priznať aj konkurentom prostriedky proti konaniam nezlučiteľným so smernicou tak, aby mohli podať žalobu proti nekalým obchodným praktikám.

45. Vyhlásenie odôvodnenia č. 6 je rozhodujúce, uvádza, že smernica 2005/29 aproximuje právne predpisy členských štátov o nekalých

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

19 — V tomto zmysle tiež KOPPENSTEINER, H.-G.: Grundfragen des UWG im Lichte der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken. In: *Wirtschaftsrechtliche Blätter*, 2006, zošit 12, s. 558, ktorý sa domnieva, že by bolo nesprávne poprieť akýkoľvek vplyv smernice na vzťahy medzi podnikateľmi. Autor zakladá svoju argumentáciu na odôvodneniach č. 6 a 8, z ktorých vyplýva, že ekonomické záujmy oprávnených účastníkov hospodárskej súťaže sú nepriamo chránené, a zároveň na článku 11 ods. 1 smernice, ktorý stanovuje, že členské štáty musia priznať aj konkurentom prostriedky ochrany proti konaniam nezlučiteľným so smernicou. KOPPENSTEINER, H.-G.: Das UWG nach der Novelle 2007. In: *Die Europäisierung des Kartell- und Lauterbarkeitsrechts*. Tübingen 2009, s. 86, uvádza, že aj konkurenti sú smernicou nepriamo chránení.

20 — Pozri body 35 a 64 mojich návrhov z 3. septembra 2009 vo veci C-304/08 (Plus).

obchodných praktikách, ktoré priamo poškodzujú ekonomické záujmy spotrebiteľov a tým nepriamo poškodzujú ekonomické záujmy oprávnených účastníkov hospodárskej súťaže. Smernica tak zohľadnila skutočnosť, že nie je vždy možné jasne rozlišovať medzi spotrebiteľmi a účastníkmi hospodárskej súťaže, pretože tieto dve kategórie sa veľmi často prekrývajú. [21] Množstvo obchodných praktík podnikateľov má vplyv tak na záujmy spotrebiteľov, ako aj na záujmy účastníkov hospodárskej súťaže. Normotvorca Spoločenstva, vedomý si blízkosti tohto vzťahu, sa rozhodol zohľadniť záujmy ochrany spotrebiteľov v právnej úprave, ktorá v skutočnosti patrí do politiky hospodárskej súťaže, akou je smernica 2005/29 [22]. Neexistuje metodologický rozpor medzi záujmom politiky hospodárskej súťaže v smernici, zameraným na fungovanie spoločného trhu, a normatívnym cieľom ochrany, zameraným na štandardizované záujmy európskeho spotrebiteľa. [23]

21 — MARSLAND, V.: Unfair Commercial Parctices: Stamping out Misleading Packaging. In: *The regulation of unfair commercial practices under EC Directive 2005/29 – New rules and new techniques*. Norfolk 2007, s. 194, správne poznamenáva, že hoci smernica 2005/29 je zameraná na ochranu spotrebiteľov, uznáva, že záujmy spotrebiteľov a účastníkov hospodárskej súťaže sú v oblasti nekalých obchodných praktík zhodné a že je v ich spoločnom záujme, aby všetci predajcovia dodržiavali pravidlá. BÜllesbach, E.: *Auslegung der irreführenden Geschäftspraktiken des Anhangs I der Richtlinie 2005/207EG über unlautere Geschäftspraktiken*. München 2008, s. 16, uvádza, že veľký počet obchodných praktík podnikateľov sa týka tak záujmov spotrebiteľov, ako aj záujmov účastníkov hospodárskej súťaže. Z tohto dôvodu, aby sa dospelo k správnym výsledkom pri posudzovaní nekalej povahy obchodných praktík, je potrebné zvoliť viacúrovňový prístup a zohľadniť záujmy všetkých dotknutých osôb rovnakým spôsobom. Príklad klamlivej reklamy takto správne poukazuje na to, že ochrana účastníkov hospodárskej súťaže a ochrana spotrebiteľov vo všeobecnosti predstavuje „dve strany jednej mince", pretože takáto reklama má vplyv nielen na záujmy spotrebiteľa, ale aj na záujmy účastníkov hospodárskej súťaže tým, že poškodzuje ich obchodné príležitosti. To isté platí aj v prípade ohovárania, ktoré na jednej strane poškodzuje tých, ktorí sú protiprávne kritizovaní, a na druhej strane skresľuje základ na rozhodovanie zle informovaného spotrebiteľa. Bargelli, E.: L'ambito di applizione della direttiva 2005/29/CE: La nozione di pratica commerciale. In: *Le pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori*. Torino 2007, s. 80, poukazuje na ťažkosti pri vymedzení hraníc medzi záujmami spotrebiteľov a záujmami účastníkov hospodárskej súťaže. Ako uvádza Schuhmacher, W.: The Unfair Commercial Practices Directive. In: *Law Against Unfaire Competition – Towards a New Paradigm in Europe*. Hrsg. Reto M. Hilty, Frauke Henning-Bodewig. Berlin; Heidelberg 2007, s. 132, smernica jasne ukazuje, že v oblasti práva hospodárskej súťaže existujú prípady, v rámci ktorých nie je možné oddeliť ochranu účastníkov hospodárskej súťaže od ochrany spotrebiteľov.

22 — Gamerith, H.: Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken: bisherige rechtspolitische Überlegungen zu einer Neugestaltung des österreichischen UWG. In: *Lauterkeitsrecht im Umbruch*, 2005, s. 157, sa domnieva, že smernica 2005/29 nezavádza skutočné vymedzenie hraníc medzi záujmami spotrebiteľov a záujmami účastníkov hospodárskej súťaže v rámci svojej pôsobnosti a že predstavuje skôr systém „B2B + B2C incomplet", čo svedčí v prospech prebratia prostredníctvom rakúskeho UWG.

23 — V tomto zmysle tiež Kessler, J.: Lauterkeitsschutz und Wettbewerbsordnung – Zur Umsetzung der Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschaäftspraktiken in Deutschland und Österreich. In: *Wettbewerb in Recht und Praxis*, 2007, č. 7, s. 116. Pozri tiež Falce, V., Ghidini, G.: The new regime on unfair commmercial practices at the intersection of consumer protection. In: *Antitrust between EC law and national law*, 2009, s. 374, ktorý vysvetľuje, že v rámci smernice 2005/29 normotvorca Spoločenstva zastáva názor, že jedine slobodná hospodárska súťaž na vnútornom trhu umožní zaistiť slobodu rozhodovania spotrebiteľov.

Článok 11 ods. 1 smernice, ktorý ukladá priznanie práva na súdnu ochranu umožňujúce dotknutým účastníkom hospodárskej súťaže podať žalobu na zdržanie sa konania proti iným účastníkom hospodárskej súťaže konajúcim nekalým spôsobom, teda môže byť pre ochranu spotrebiteľov veľmi prospešný. [24]

46. Smernica však na účely lepšieho vymedzenia rozsahu svojej pôsobnosti jasne rozlišuje medzi obchodnými praktikami, ktoré škodia tak spotrebiteľom, ako aj účastníkom hospodárskej súťaže, a obchodnými praktikami, ktoré môžu poškodiť záujmy iba jednej z dvoch skupín. Odôvodnenie č. 8 teda uvádza, že je zrejmé, že existujú ďalšie obchodné praktiky, ktoré, hoci nepoškodzujú spotrebiteľov, môžu poškodzovať účastníkov hospodárskej súťaže a zákazníkov podnikateľov.

47. Ako konštatoval Súdny dvor v rozsudku zo 14. januára 2010 vo veci Plus, tento druhý prípad nepatrí do pôsobnosti smernice [25], pretože z jej odôvodnenia č. 6 vyplýva, že sa nevzťahuje a ani nemá vplyv na vnútroštátne právne predpisy o nekalých obchodných praktikách, ktoré poškodzujú iba ekonomické záujmy účastníkov hospodárskej súťaže alebo ktoré sa týkajú obchodných transakcií medzi obchodníkmi. Slovo „iba“ vo všeobecnosti znamená výlučnosť, uvedené tiež vyplýva z porovnania niekoľkých jazykových verzií smernice 2005/29 [26]. To je dôvod, prečo odô-

24 — V tomto zmysle tiež Gamerith, H.: c. d., s. 157, ktorý sa domnieva, že žaloby na zdržanie sa konania dotknutých účastníkov hospodárskej súťaže proti iným účastníkom hospodárskej súťaže konajúcim nekalým spôsobom posilňujú ochranu spotrebiteľov, pokiaľ ide o zákazy smerujúce proti akémukoľvek nekalému vplyvu na slobodu rozhodovania spotrebiteľa tým, že je klamaný, uvedený do situácie, na ktorú nie je pripravený, lákaný, vystavený nátlaku atď.

25 — Pozri rozsudok Plus Warenhandlesgesellschaft, už citovaný v poznámke pod čiarou 5, bod 39. Pozri Micklitz, H.-W.: Full Harmonization of Unfair Commercial Practices under Directive 2005/29. In: *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, 2009, č. 4, s. 373, ktorý sa domnieva, že smernica 2009/25 je uplatniteľná na vzťahy B2B, ak sú splnené dve podmienky: daná obchodná politika priamo ovplyvňuje záujmy spotrebiteľov a nepriamo záujmy účastníkov hospodárskej súťaže. Autor sa obáva, aby toto obmedzenie rozsahu pôsobnosti smernice neotvorilo cestu novým obranným stratégiám. Podnikatelia by takto mohli mať tendenciu tvrdiť, že ich obchodné praktiky sa týkajú výlučne vzťahov B2B.

26 — Nemecky: „lediglich“; dánsky: „udeluklkende“; anglicky: „only“; francúzsky: „uniquement“; taliansky: „unicamente“; holandsky: „alleen“; portugalsky: „apenas“; slovinsky: „samo“; španielsky: „solo“.

vodnenie č. 6 tiež uvádza, že berúc plne do úvahy zásadu subsidiarity, členské štáty budú môcť, ak sa tak rozhodnú, naďalej regulovať tieto praktiky v súlade s právom Spoločenstva.

rámec cieľa smernice, ktorý spočíva v ochrane spotrebiteľov.

b) Cieľ ochrany zákazu stanoveného v § 9a ods. 1 bode 1 UWG

49. Okrem ochrany spotrebiteľov je totiž cieľom zákazu aj zachovanie hospodárskej súťaže a ochrana plurality médií. Tým, že sa zabráni licitáciám medzi účastníkmi hospodárskej súťaže týkajúcim sa pomocných doplnkových plnení, ide predovšetkým o ochranu účastníkov hospodárskej súťaže, ktorí, keďže disponujú malým množstvom finančných prostriedkov, nie sú schopní podporovať svoj predaj ponúkaním bezodplatných výhod. Táto ochrana je odôvodnená vzhľadom na význam mienkotvornej funkcie, ktorá v demokratickej spoločnosti prináleží médiám. Rakúska vláda už uviedla tento argument vo veci C-368/95, Familiapress [29], ktorá sa týkala zlučiteľnosti tohto zákazu s voľným pohybom tovarov, a ani Súdny dvor nespochybnil, že ide o legitímny cieľ zákonodarcu, ktorý v zásade môže odôvodniť obmedzenie tejto základnej slobody.

i) Význam chránených práv

48. V dôsledku toho si treba položiť otázku, či zákaz viazaných ponúk stanovený v § 9a ods. 1 bode 1 UWG, ktorý je predmetom prejednávanej veci, je ustanovenie smerujúce k zákazu obchodnej praktiky poškodzujúcej iba hospodárske záujmy účastníkov hospodárskej súťaže. V tejto súvislosti vnútroštátny súd [27] a rakúska vláda [28] uvádzajú, že zákaz viazaných ponúk stanovený v § 9a ods. 1 bode 1 UWG, ktorý je predmetom prejednávanej veci, sleduje iný legislatívny cieľ, idúci nad

50. Treba však konštatovať, že posúdenia významu jednotlivých práv chránených UWG sa odlišujú.

27 — Pozri s. 10 až 12 návrhu na začatie prejudiciálneho konania.
28 — Pozri s. 4 a 5 pripomienok rakúskej vlády.
29 — Rozsudok Súdneho dvora z 26. júna 1997, Familiapress, C-368/95, Zb. s. I-3689.

51. Vnútroštátny súd sa domnieva, že § 9a ods. 1 bod 1 UWG zákonodarca pravdepodobne nevytvoril s prvoradým cieľom ochrany spotrebiteľa, ale s cieľom zabezpečiť „prinajmenšom v rovnakej miere“ tak ochranu spotrebiteľa, ako aj zachovanie funkčných trhových vzťahov. [30] To však výslovne popiera rakúska vláda, ktorá tvrdí, že zákaz viazaných ponúk smeroval v „prvom rade“ k ochrane hospodárskej súťaže v mediálnom odvetví, [31] ale nepredkladá presvedčivé dôkazy na podporu tohto tvrdenia, tým viac, že vo svojich pripomienkach týkajúcich sa viazanej ponuky periodickej tlače a hry o cenu opakovane varuje pred rizikom nelegitímneho vplyvu na spotrebiteľa, využívajúc jeho hráčsku vášeň. [32] Podľa môjho názoru neexistujú takmer nijaké pochybnosti o tom, že obavy, ktoré takto vyjadrila rakúska vládou, sú spojené predovšetkým s ochranou spotrebiteľov.

52. Uvedené nejednotné vyhlásenia týkajúce sa výkladu vnútroštátneho práva vedú k týmto pripomienkam.

53. Na jednej strane treba pripomenúť, že konanie podľa článku 234 ES je založené na spolupráci Súdneho dvora a vnútroštátnych súdov, v rámci ktorej neprináleží Súdnemu dvoru vyjadrovať sa k výkladu vnútroštátnych ustanovení ani posúdiť, či je výklad, ktorý podáva vnútroštátny súd, správny. [33] Súdny dvor má totiž v rámci rozdelenia právomocí medzi súdy Spoločenstva a vnútroštátne súdy zohľadniť právny a skutkový rámec, do ktorého patrí prejudiciálna otázka, tak, ako ho definovalo rozhodnutie vnútroštátneho súdu. [34]

54. Na druhej strane toto rozdielne posúdenie merita veci sa zdá byť v konečnom dôsledku bezvýznamné, lebo nikto nespochybňuje, že cieľom ustanovenia § 9a ods. 1 bodu 1 UWG nie je zakázať nekalé obchodné praktiky, ktoré v zmysle odôvodnenia č. 6 smernice poškodzujú iba ekonomické záujmy účastníkov hospodárskej súťaže alebo ktoré sa týkajú obchodných transakcií medzi obchodníkmi. Naopak, je zrejmé, že § 9a ods. 1 bod 1 UWG

30 — Pozri s. 10 až 12 návrhu na začatie prejudiciálneho konania.

31 — Pozri bod 11, s. 4 pripomienok rakúskej vlády.

32 — V tejto súvislosti existuje podobnosť s argumentáciou nemeckej vlády vo veci C-304/08 (Plus), ktorá sa týkala zlučiteľnosti vnútroštátneho ustanovenia (§ 4 bod 6 nemeckého UWG) zakazujúceho viazané ponuky so súťažami alebo s hrami o ceny. Tento zákaz sa zakladal na dôvodoch ochrany spotrebiteľov. Pokiaľ ide o argumentáciu nemeckej vlády v tejto veci, pozri moje návrhy z 3. septembra 2009 v tejto veci, najmä body 93, 107.

33 — Pozri v tomto zmysle rozsudky z 3. októbra 2000, Corsten, C-58/98, Zb. s. I-7919, bod 24, a z 29. apríla 2004, Orfanopoulos a Oliveri, C-482/01 a C-493/01, Zb. s. I-5257, bod 42.

34 — Pozri rozsudky z 25. októbra 2001, Ambulanz Glöckner, C-475/99, Zb. s. I-8089, bod 10; z 13. novembra 2003, Neri, C-153/02, Zb. s. I-13555, body 34 a 35; Orfanopoulos a Oliveri, už citovaný v poznámke pod čiarou 33, bod 42, a z 21. apríla 2005, Lindberg, C-267/03, Zb. s. I-3247, body 41 a 42.

už z hľadiska svojho predmetu zakazuje nekalé obchodné praktiky, ktoré vždy vyvolávajú účinky v oblasti B2B. V dôsledku toho § 9a ods. 1 bod 1 UWG ešte spadá do pôsobnosti smernice a z tohto hľadiska je bezvýznamné, či uvedený zákaz viazaných ponúk smeruje v prvom rade k ochrane osobitného práva, záujmov spotrebiteľov, účastníkov hospodárskej súťaže alebo verejnosti, napríklad zachovaním plurality médií. To je dôvod, prečo je v prejednávanej veci z právneho hľadiska málo významné, či dotknuté vnútroštátne ustanovenie sleduje okrem iného aj cieľ zachovania plurality médií a v akom rozsahu.

ii) Preskúmanie relevantných vnútroštátnych ustanovení a judikatúry

55. Keďže je potrebné užitočne odpovedať na otázky vnútroštátneho súdu [35], a plniac povinnosť generálneho advokáta na základe článku 222 ES, konajúceho nestranne a nezávisle, ktorou je predkladať návrhy [36], pre istotu uvádzam, že preskúmanie dotknutých ustanovení vrátane prípravných prác týkajúcich sa UWG preukazuje, že rakúsky zákonodarca bezpochyby v rovnakej miere zohľadňoval tak ochranu spotrebiteľov, ako aj ochranu účastníkov hospodárskej súťaže. Z dôvodovej správy k návrhu vlády UWG-Novelle 2007 [37] vyplýva, že UWG v podstate neupravuje

35 — V rozsudku z 12. júla 1979, Union laitière normande (244/78, Zb. s. 2663, bod 5), Súdny dvor vysvetlil, že hoci článok 234 ES neumožňuje posudzovať odôvodnenie návrhu na začatie prejudiciálneho konania, potreba dospieť k užitočnému výkladu práva Spoločenstva vyžaduje, aby sa definoval právny rámec, v ktorom má byť situovaný požadovaný výklad. Podľa Lenaerts, K., ARTS, A., MASELIS, I.: *Procedural Law of the European Union*. 2. vyd., s. 188, bod 6-021, Súdnemu dvoru nič nebráni, aby uviedol, akým spôsobom rozumie skutkovým okolnostiam veci samej a určitým aspektom vnútroštátneho práva ako východiska na užitočný výklad uplatniteľných ustanovení a zásad práva Spoločenstva.

36 — Generálny advokát Ruiz-Jarabo Colomer: La función del Anogado del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. In: *Problèmes d'interprétation*. Bruxelles 2004, s. 334 a nasl., sa domnieva, že návrhy generálnych advokátov by mali slúžiť ako podklad na rozhodnutia. Vo všeobecnosti majú poskytnúť odpoveď na všetky právne otázky, ktoré sa vo veci vynoria vykonaním podrobného preskúmania skoršej judikatúry Súdneho dvora. Generálny advokát tiež zdôrazňuje vzrastajúci význam doktríny pri preskúmavaní týchto otázok.

37 — V Erläuterungen zur Regierungsvorlage für ein Bundesgesetz, mit dem das Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb 1984 – UWG geändert wird (UWG-Novelle 2007), uverejnených v revue *Recht und Wettbewerb*, december 2007, roč. 53, č. 170, s. 13, sa uvádza: „Podobne ako v súčasnosti platnom nemeckom UWG návrh zákona v podstate neupravuje oblasť B2B odlišne od oblasti B2C, pretože nie je možné oddeliť ochranu účastníkov hospodárskej súťaže od ochrany spotrebiteľov."

oblasť B2B odlišne od oblasti B2C, pretože podľa rakúskeho zákonodarcu „nie je možné oddeliť“ ochranu účastníkov hospodárskej súťaže od ochrany spotrebiteľov.

56. Uvedené stanovisko zodpovedá prevládajúcemu názoru doktríny, ktorá sa najmä z tohto dôvodu domnieva, že UWG chráni tak záujmy spotrebiteľov, ako aj záujmy účastníkov hospodárskej súťaže a verejnosti, a hovorí o „trojakom cieli ochrany“ [38]. To isté platí o ustanovení článku § 9a ods. 1 bode 1 UWG, ktorý je predmetom prejednávanej veci a ktorého ochrannú povahu vo vzťahu k spotrebiteľom právna doktrína nespochybňuje. [39]

57. Okrem toho treba konštatovať, že aj podľa judikatúry Oberster Gerichtshof[40], ktorý niekedy odkazuje na názory obhajované doktrínou, spočíva cieľ zákazu prémií stanovený v § 9a ods. 1 bode 1 UWG najmä v ochrane

38 — Podľa PRUNBAUER, M.: Kommentar zum Vorschlag für eine EU-Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarkt-internen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern – ein missglückter Ansatz der Harmonisierung des Lauterkeitsrecht in der EU. In: *Recht und Wettbewerb*, september 2003, roč. 49, č. 161, s. 3, sa UWG v zásade netýka iba aspektov ochrany spotrebiteľov v rámci práva hospodárskej súťaže, ale takisto aspektov ochrany účastníkov hospodárskej súťaže a verejnosti. Je nemožné skúmať alebo posudzovať reklamnú kampaň výlučne z pohľadu spotrebiteľa. Ochrana účastníkov hospodárskej súťaže a záujmov verejnosti na riadnom fungovaní hospodárskej súťaže tiež slúži, hoci iba nepriamo, na ochranu spotrebiteľov, pretože zaisťuje efektívnosť hospodárskej súťaže v záujme spotrebiteľov. Autor z toho vyvodzuje záver, že nie je možné vykonať účelné rozlíšenie medzi „hospodárskou súťažou týkajúcou sa spotrebiteľov“ a „hospodárskou súťažou týkajúcou sa podnikateľov“ ani v skutočnom hospodárskom živote, ani z hľadiska doktríny. Podľa WIEBE, A.: Umsetzung der Geschäftspraktikenrichtlinie und Perspektiven für eine UWG-Reform. In: *Juristische Blätter*, február 2007, roč. 129, č. 2, s. 71, v Rakúsku ani v Nemecku už dlhodobo nikto nespochybňuje, že UWG slúži na ochranu účastníkov hospodárskej súťaže, spotrebiteľov a záujmov verejnosti, ako to výslovne uvádza v paragrafe 1 nový nemecký UWG. Imanentné prekrývanie sa cieľov ochrany svojou povahou znemožňuje rozlišovanie ustanovení upravujúcich úkony B2B a B2C. V tom istom zmysle BÜLLESBACH, E.: c. d., s. 15, ktorý sa odvoláva na trojaký cieľ ochrany (spotrebiteľov, účastníkov hospodárskej súťaže, verejnosti), na ktorom sa zakladá nemecké a rakúske právo nekalej súťaže. LETTNER, H.: Die Umsetzung der EU-Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken – Eine bilanz des UWG-Neu in österreich und Deutschland. In: *European Law Reporter*, 2009, č. 9, s. 313, tiež poznamenáva, že všeobecným cieľom rakúskeho UWG je ochrana záujmov podnikateľov, verejnosti a spotrebiteľov.

39 — DUURSMA-KEPPLINGER, D.: c. d., poznamenáva, že § 9a UWG slúži aj na ochranu spotrebiteľov (odsek 16 bod 24, s. 808). Cieľom legislatívneho obmedzenia prémií je predovšetkým chrániť kupujúcich pred subjektívnou a klamlivou reklamou a vylúčiť lícitovanie medzi účastníkmi hospodárskej súťaže týkajúce sa vedľajších (doplnkových) plnení (§ 9a bod 2, s. 276). Autor sa domnieva, že skutočným cieľom UWG je ponúknuť preventívnu ochranu všeobecných záujmov spotrebiteľov, aby hospodárska súťaž zostala nezaťažená nekalými praktikami (§ 16 bod 26, s. 810). Podľa poznámok HORÁK, M.: Naht das Ende des Zugabenverbots? In: *Ecolex*, 2008, s. 1138, cieľ zákazu prémií stanovený v § 9a UWG spočíva v podstate v ochrane spotrebiteľov. Autor odkazuje v tejto súvislosti na rozsudok Oberster Gerichtshof citovaný v bode 40 týchto návrhov. Pozri tiež KUCSKO, G.: Zur rechtspolitischen Begründung des Zugabenverbots. In: *Ecolex*, 1992, s. 709, ktorý načrtáva genézu zákazu prémií v Rakúsku od začiatku 20. storočia. Autor uvádza, že od začiatku bolo prvoradým cieľom „zákazu prémií“ v Rakúsku zabrániť tomu, aby bolo rozhodnutie spotrebiteľa o kúpe subjektívne ovplyvnené prémiami a aby takéto prémie zastierali skutočnú cenu hlavného výrobku a uvádzali takto zákazníka do omylu. Okrem iného smeruje k zabráneniu licitácií medzi konkurujúcimi podnikateľmi.

40 — Pozri rozsudok Oberster Gerichtshof z 9. marca 1999, Fini's Feinstes (odkaz 4 Ob 28/99t). Uvádza sa v ňom: „Cieľ zákazu prémií spočíva najmä v ochrane spotrebiteľov: úsudok spotrebiteľov nesmie byť skreslený hráčskou vášňou a lákadlom výhry (napríklad poskytnutím možnosti zúčastniť sa na hre o cenu). Rozhodnutie o kúpe sa musí prijať v závislosti od kvality a ceny na základe objektívneho porovnania, a nie bez skutočnej reflexie, s cieľom získať prémiu použitú ako návnadu.“

spotrebiteľov. Domnieva sa, že úsudok spotrebiteľov nesmie byť skreslený hráčskou vášňou a lákadlom výhry (napríklad poskytnutím možnosti zúčastniť sa na hre o cenu).

58. V dôsledku toho, aj po preskúmaní relevantných rakúskych ustanovení a judikatúry, treba prijať záver, že zákaz prémií stanovený v § 9a ods. 1 bod 1 UWG sa prinajmenšom v rovnakej miere týka ochrany spotrebiteľov.

c) Záver

59. Vzhľadom na vyššie uvedené úvahy som dospela k záveru, že ustanovenie vnútroštátneho práva § 9a ods. 1 bodu 1 UWG spadá do pôsobnosti smernice 2005/29. V dôsledku toho ho treba preskúmať z hľadiska požiadaviek smernice. [41]

3. Preskúmanie štruktúry obidvoch právnych úprav

a) Ustanovenia smernice 2005/29

60. Aby bolo možné určiť, či smernica 2005/29 bráni vnútroštátnemu ustanoveniu, akým je § 9a ods. 1 UWG, je potrebné

41 — Pozri HORAK, M.: Zugabenverbot gemeinschaftsrechtswidrig? In: *Ecolex*, 2009/123, s. 341, ktorý sa domnieva, že cieľom prvej prejudiciálnej otázky je zistiť, či zákaz prémií *per se*, určený na ochranu tak spotrebiteľov, ako aj podnikateľov, je zlučiteľný so smernicou 2005/29. Podľa autora je takýto zákaz *per se* v rozpore s právom Spoločenstva, lebo jeho pôsobnosť nemožno presne vymedziť a obmedziť na ponuky určené výlučne podnikateľom, ktoré sa nedotýkajú záujmov spotrebiteľov. Paragraf 9a ods. 1 UWG tieto podmienky nespĺňa. Podľa LETTNER, H.: c. d., č. 9, s. 317, skutočnosť, že zákaz viazaných ponúk stanovený v § 9a ods. 1 bode 1 UWG sleduje nielen ochranu spotrebiteľov, ale aj iné ciele, ktoré nespadajú do pôsobnosti smernice, ako napríklad zachovanie plurality médií alebo ochrana slabších účastníkov hospodárskej súťaže, neodôvodňuje zachovanie zákazu *per se* pre odvetvie B2C nad rámec čiernych zoznamov. Obidvaja autori sa teda domnievajú, že sporné vnútroštátne ustanovenie spadá do pôsobnosti smernice 2005/29.

preskúmať a následne porovnať obidve právne úpravy z hľadiska ich normatívneho cieľa a ich štruktúry.

i) Cieľ úplnej a maximálnej harmonizácie vnútroštátnych právnych úprav

61. Ako som uviedla vyššie [42], smernica vedie k úplnej harmonizácii právnych predpisov členských štátov týkajúcich sa nekalých obchodných praktík. Okrem toho, na rozdiel od doterajších špecifických sektorových právnych nástrojov harmonizácie práva v oblasti ochrany spotrebiteľov, nesmeruje k minimálnej harmonizácii, ale k maximálnej harmonizácii vnútroštátnych právnych predpisov, ktorá, okrem niektorých výnimiek, neumožňuje členským štátom zachovať alebo zaviesť prísnejšie pravidlá, ako sú pravidlá definované smernicou, a to ani na účely zabezpečenia vyššej úrovne ochrany spotrebiteľov. [43] Tento záver v obidvoch prípadoch vyplýva z preambuly, ako aj zo všeobecných ustanovení smernice.

62. Vyplýva to jednak z odôvodnenia č. 11 smernice, podľa ktorého aproximácia vnútroštátnych právnych predpisov prostredníctvom tejto smernice má vytvoriť vysokú spoločnú úroveň ochrany spotrebiteľa. Jednak jej odôvodnenie č. 12 uvádza, že spotrebitelia a podnikatelia sa budú môcť spoľahnúť na jednotný právny rámec založený na jasne definovaných právnych pojmoch upravujúcich všetky aspekty nekalých obchodných praktík v celej Európskej únii. Na metódu aproximácie právnych predpisov odkazuje aj článok 1 smernice, z ktorého vyplýva, že jej cieľom je prispieť k riadnemu fungovaniu vnútorného trhu a dosiahnuť vysokú úroveň ochrany spotrebiteľov.

63. Cieľ úplnej a maximálnej právnej úpravy na úrovni Spoločenstva v oblasti spadajúcej do pôsobnosti smernice jasne vyplýva z jej odôvodnení č. 14 a 15, ktoré výslovne uvádzajú úplnú harmonizáciu. To okrem toho vyplýva z ustanovenia o vnútornom trhu v článku 4, ktorý stanovuje, že členské štáty neobmedzia slobodu poskytovať služby ani neobmedzia voľný pohyb tovarov z dôvodov spadajúcich do oblasti, ktorú aproximuje táto smernica.

42 — Pozri bod 33 týchto návrhov.

43 — Pozri rozsudok VTB-VAB a Galatea, už citovaný v poznámke pod čiarou 4, bod 52.

64. Ako výnimku článok 3 ods. 5 smernice stanovuje, že počas doby šiestich rokov od 12. júna 2007 môžu členské štáty pokračovať v uplatňovaní reštriktívnejších alebo normatívnejších vnútroštátnych právnych predpisov v oblasti, ktorú aproximuje táto smernica. Táto výnimka sa však obmedzuje na vnútroštátne predpisy, ktorými sa vykonávajú smernice obsahujúce klauzuly o minimálnej harmonizácii [44]. Nakoniec ďalšia výnimka sa nachádza v článku 3 ods. 9 a týka sa finančných služieb v zmysle smernice 2002/65/ES a nehnuteľností.

ii) Normatívna štruktúra smernice 2005/29

65. Ústredným motívom smernice 2005/29 je všeobecné ustanovenie v článku 5 ods. 1 tejto smernice, ktoré zakazuje nekalé obchodné praktiky. Článok 5 ods. 2 spresňuje, čo treba rozumieť pod pojmom „nekalé“. Podľa tohto ustanovenia je obchodná praktika nekalá, ak je v rozpore s požiadavkami „odbornej starostlivosti“ a ak je spôsobilá „podstatne narušiť“ ekonomické správanie spotrebiteľa. Podľa odseku 4 sa za nekalé obchodné praktiky považujú najmä tie, ktoré sú klamlivé (články 6 a 7) alebo agresívne (články 8 a 9). Odsek 5 odkazuje na prílohu I, ktorá vymenováva obchodné praktiky, ktoré „sa za každých okolností považujú za nekalé“. Tento jednotný zoznam sa uplatňuje vo všetkých členských štátoch a môže byť upravený iba novelizáciou smernice.

66. Z uvedeného vyplýva, že vnútroštátne súdy a správne orgány sa musia pri uplatňovaní práva najskôr obrátiť na zoznam 31 prípadov nekalých obchodných praktík uvedený v prílohe I. Pokiaľ možno zaradiť obchodnú praktiku pod jeden z uvedených prípadov, nie je už potrebné vykonať podrobnejšie preskúmanie napríklad dôsledkov. Ak skutkové okolnosti daného prípadu nezodpovedajú žiadnej z praktík na zozname, treba preskúmať, či

44 — Smernice v zmysle článku 3 ods. 5 smernice, ktoré obsahujú klauzulu o minimálnej harmonizácii, sú predovšetkým tieto: smernica Rady 85/577/EHS z 20. decembra 1985 na ochranu spotrebiteľa pri zmluvách uzatváraných mimo prevádzkových priestorov (Ú. v. ES L 372, s. 31; Mim. vyd. 15/001, s. 262), smernica Rady 90/314/EHS z 13. júna 1990 o balíku cestovných, dovolenkových a výletných služieb (Ú. v. ES L 158, s. 59; Mim. vyd. 13/010, s. 132), smernica Európskeho parlamentu a Rady 94/47/ES z 26. októbra 1994, týkajúca sa ochrany kupujúcich v súvislosti s niektorými prvkami zmlúv o kúpe práva na časovo vymedzené užívanie nehnuteľností (Ú. v. ES L 280, s. 83; Mim. vyd. 13/013, s. 315), smernica Európskeho parlamentu a Rady 97/7/ES z 20. mája 1997 o ochrane spotrebiteľa vzhľadom na zmluvy na diaľku (Ú. v. ES L 144, s. 19; Mim. vyd. 15/003, s. 319), smernica Európskeho parlamentu a Rady 98/6/ES zo 16. februára 1998 o ochrane spotrebiteľa pri označovaní cien výrobkov ponúkaných spotrebiteľovi (Ú. v. ES L 80, s. 27), smernica Rady 89/552/EHS z 3. októbra 1989 o koordinácii určitých ustanovení zákonov, iných právnych predpisov alebo správnych opatrení v členských štátoch týkajúcich sa vykonávania činností televízneho vysielania (Ú. v. ES L 298, s. 23; Mim. vyd. 06/001, s. 224).

zodpovedajú niektorému zo všeobecných príkladov klamlivých a agresívnych praktík upravených generálnou klauzulou. Vtedy, a len vtedy, ak to tak nie je, sa uplatní generálna klauzula článku 5 ods. 1 smernice [45].

zákonodarcu riadne prebrať dotknutú smernicu do vnútroštátneho práva. [47] Znenie článku 249 ods. 3 ES však prenecháva vnútroštátnym orgánom voľbu formy a prostriedkov. Slobodu voľby má najmä vnútroštátny zákonodarca.

b) Ustanovenia UWG

67. Podľa ustálenej judikatúry má každý z členských štátov, ktorým je určená smernica, povinnosť prijať do svojho vnútroštátneho právneho poriadku všetky opatrenia potrebné na zabezpečenie úplnej účinnosti smernice v súlade s cieľom sledovaným smernicou. [46] S tým je spojená povinnosť vnútroštátneho

68. Z tohto dôvodu judikatúra uznáva, že riadne prebratie smernice do vnútroštátneho práva nevyžaduje vždy doslovné prebratie ustanovení smernice vo výslovnom a osobitnom zákone. [48] Oveľa viac totiž záleží na tom, aby vnútroštátne právo, ktoré nadobudne účinnosť na účely prebratia smernice, spĺňalo požiadavky právnej jasnosti a právnej istoty, aby sa zabezpečilo, že program smernice sa plne uskutoční pri uplatňovaní vnútroštátneho práva súdmi a orgánmi príslušného členského štátu. [49]

45 — V tomto zmysle tiež schéma preskúmania De CRISTOFARO, G.: La direttiva 2005/29/CE – Contenuti, rationes, caratteristiche. In: *Le pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori*. Torino 2007, s. 12, a HENNING-BODEWIG, F.: Die Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken. In: *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Internationaler Teil*, 2005, č. 8/9, s. 631.

46 — Pozri najmä rozsudky z 1. februára 1977, Verbond van Nederlandse Ondernemingen, 51/76, Zb. s. 113, bod 22; z 26. februára 1986, Marshall, 152/84, Zb. s. 723, bod 48; z 24. októbra 1996, Kraaijeveld a i., C-72/95, Zb. s. I-5403, bod 55; zo 17. júna 1999, Komisia/Taliansko, C-336/97, Zb. s. I-3771, bod 19; z 8. marca 2001, Komisia/Francúzsko, C-97/00, Zb. s. I-2053, bod 9; zo 7. mája 2002, Komisia/Švédsko, C-478/99, Zb. s. I-4147, bod 15, a z 26. júna 2003, Komisia/Francúzsko, C-233/00, Zb. s. I-6625, bod 75.

47 — Prebratie smernice je neoddeliteľnou súčasťou legislatívneho postupu v dvoch etapách, v rámci ktorého druhá etapa prebieha na úrovni vnútroštátneho práva. Vecné uplatňovanie na vnútroštátnej úrovni konkretizuje právo smernice [pozri v tejto súvislosti VCELOUCH, P.: *Kommentar zu EU- und Eg-Vertrag*. Hrsg. Heinz Mayer. Wien 2004, článok 249, body 48 a 50, s. 17 a 18].

48 — Pozri rozsudky z 28. februára 1991, Komisia/Nemecko, C-131/88, Zb. s. I-825, bod 6; z 15. novembra 2001, Komisia/Taliansko, C-49/00, Zb. s. I-8575, body 21 a 22; z 28. apríla 2005, Komisia/Taliansko, C-410/03, Zb. s. I-3507, bod 60. Správne to uvádza SEICHERT, D.: Der Umsetzungsbedarf der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken. In: *Wettbewerb in Recht und Praxis*, 2005, s. 1088, vo veci potreby prebrať smernicu 2005/29 do nemeckého práva.

49 — V tomto zmysle RUFFERT, M., v *Kommentar zu EUV/EGV*. Hrsg. Calliess, Ruffert. 3. vyd., 2007, článok 249, bod 49, s. 2135. Podľa ustálenej judikatúry musí prebratie smernice účinne zabezpečiť jej plné uplatnenie. Pozri najmä rozsudky z 9. septembra 1999, Komisia/Nemecko, C-217/97, Zb. s. I-5087, bod 31; zo 16. novembra 2000, Komisia/Grécko, C-214/98, Zb. s. I-9601, bod 49; z 11. júla 2002, Marks & Spencer, C-62/00, Zb. s. I-6325, bod 26.

i) Predstavenie normatívnej štruktúry zákazu stanoveného v § 9a ods. 1 bode 1 UWG

69. Podľa informácií vnútroštátneho súdu § 9a ods. 1 bod 1 UWG zakazuje podnikateľom, aby spotrebiteľom oznamovali bezodplatné výhody k tovarom alebo službám. Ak existuje tovar vo forme periodickej tlače (noviny, časopis), vzťahuje sa zákaz aj na samotné ponúkanie a poskytovanie výhod. Podľa judikatúry Oberster Gerichtshof[50] sa ako výhoda chápe najmä možnosť účasti na hre o cenu spojená s nadobudnutím hlavného tovaru.

70. Ako však vyplýva z návrhu na začatie prejudiciálneho konania[51], judikatúra vykladá toto ustanovenie reštriktívne, a teda nie každý predaj s prémiami je protiprávny. Podľa ustálenej judikatúry Oberster Gerichtshof uplatnenie § 9a ods. 1 bodu 1 UWG predpokladá, že namietané správanie v konkrétnom prípade (a) bolo objektívne spôsobilé ovplyvniť rozhodnutie spotrebiteľa o nadobudnutí hlavného tovaru (hlavnej služby)[52] a že toto správanie preto (b) mohlo viesť k značnému vychýleniu dopytu[53]. To je dôvod, prečo v určitom zmysle nie je prítomná už základná náležitosť stanovená týmto ustanovením, lebo protiprávna „prémia“ v zmysle odseku 1 neexistuje, keďže podmienky vypracované judikatúrou nie sú splnené.[54]

71. Napriek takémuto reštriktívnemu výkladu, ktorý poskytli rakúske súdy, treba konštatovať, že sporné ustanovenie § 9a UWG je založené na zásade pravidlo – výnimka, pretože odsek 1 zakazuje spojenie dvoch rozličných tovarov alebo služieb na účely podpory odbytu, okrem prípadu, ak by sa mohli uplatniť výnimky uvedené v odseku 2. Inými slovami, toto ustanovenie zakazuje spojenie rozličných

50 — Pozri s. 10 návrhu na začatie prejudiciálneho konania.

51 — Na s. 8 návrhu na začatie prejudiciálneho konania vnútroštátny súd uvádza rozsudky Oberster Gerichtshof z 20. októbra 1992, Welt des Wohnens (odkaz 4 Ob 87/92); z 30. januára 2008, ORF Teletext (odkaz 3 Ob 273/07d), a zo 14. februára 2008 (odkaz 4 Ob 17/08s).

52 — Na s. 8 návrhu na začatie prejudiciálneho konania vnútroštátny súd uvádza rozsudok Welt des Wohnens, už citovaný v poznámke pod čiarou 48.

53 — Na s. 8 návrhu na začatie prejudiciálneho konania vnútroštátny súd uvádza rozsudok Oberster Gerichtshof zo 14. decembra 1999, Tipp des Tages III (odkaz 4 Ob 290/99x).

54 — Pozri tiež s. 4 pripomienok žalobkyne vo veci samej.

tovarov alebo služieb na účely podpory odbytu, a preto sa pod tým má rozumieť zásadný zákaz viazaných ponúk, ktorý však v určitých prípadoch povoľuje výnimky. [55]

a) Písané vnútroštátne právo

i) Protikladný koncept normatívneho systému

4. Zlučiteľnosť sporného ustanovenia so smernicou 2005/29

72. Okrem iného treba preskúmať zlučiteľnosť sporného vnútroštátneho ustanovenia so smernicou 2005/29, v prvom rade preskúmaním štruktúry tohto ustanovenia. Ak to bude viesť k určeniu o nesúlade vnútroštátneho práva, ako vyplýva zo znenia zákona, bude treba ďalej preskúmať, či toto ustanovenie môže byť napriek tomu považované za zlučiteľné so smernicou, odvolajúc sa na reštriktívny výklad Oberster Gerichtshof.

73. Pokiaľ ide o otázku, či je sporné ustanovenie zlučiteľné so smernicou 2005/29, treba konštatovať, že zákaz viazaných ponúk, ktorý je predmetom prejednávanej veci, stanovený v § 9a ods. 1 bode 1 UWG, predstavuje osobitné ustanovenie v rámci UWG, ktoré v tejto chvíli nemá ekvivalent v smernici 2006/29. Paragraf 9a ods. 1 bod 1 UWG stanovuje zásadný zákaz viazaných ponúk, ktorý nie je upravený v samotnej smernici.

74. Okrem toho vnútroštátne ustanovenie má inú normatívnu štruktúru ako smernica 2005/29 v dôsledku zásady pravidlo – výnimka, na ktorej je založené. Práve tento protikladný koncept normatívneho systému vyvoláva pochybnosti, pokiaľ ide o zlučiteľnosť s uvedenou smernicou, hoci nejde ani tak o formálnu koncepciu ustanovenia, keďže vnútroštátny zákonodarca disponuje určitou voľnou úvahou pri preberaní smernice, ako skôr o jej normatívny obsah. Tento obsah nezodpovedá obsahu smernice 2005/29. Ako som už totiž uviedla vo svojich návrhoch

55 — Pozri HORAK, M.: c. d. v poznámke pod čiarou 39, s. 1137, ktorý porovnáva ustanovenie § 9a UWG so „zákazmi *per se*“. Zákazy *per se* predstavujú zásadné zákazy obchodných praktík opísaných abstraktným spôsobom bez toho, aby súd mohol v každom konkrétnom prípade preveriť účinky na spotrebiteľov alebo účastníkov hospodárskej súťaže. Takéto zákazy sú často spojené so zoznamom výnimiek, aby sa zabezpečila určitá rovnováha. Podľa autora § 9a UWG, ktorý obsahuje zásadný zákaz v odseku 1 a zoznam výnimiek v odseku 2, uplatňuje tento model. HEIDINGER, R.: c. d., s. 45, sa domnieva, že ustanovenie § 9a UWG je vytvorené ako zákaz *per se* určitých obchodných praktík bez toho, aby bolo potrebné v každom konkrétnom prípade preverovať účinky na spotrebiteľov.

v spojených veciach C-261/07 (VTB-VAB) a C-299/07 (Galatea), smernica 2005/29 sa riadi koncepciou, ktorá podporuje slobodu podnikania subjektov a v podstate zodpovedá právnej zásade *in dubio pro libertate*.[56] Preto smernica na rozdiel od ustanovenia § 9a ods. 1 bodu 1 UWG vychádza z poctivosti obchodných praktík, pokiaľ nie sú splnené riadne definované podmienky zákazu.[57]

75. Táto liberálna koncepcia zodpovedá presnému regulačnému zámeru, ktorým je dbať na dosiahnutie cieľa normotvorcu Spoločenstva zakotveného v odôvodneniach č. 4 a 5, ako aj v článku 1 smernice, konkrétne vďaka spoločným pravidlám na úrovni Spoločenstva odstrániť prekážky voľného pohybu služieb a tovarov alebo slobody usadiť sa, ktoré vyplývajú z veľkého množstva vnútroštátnych ustanovení v oblasti nekalých obchodných praktík, a to v rozsahu nevyhnutnom na riadne fungovanie vnútorného trhu a na dosiahnutie vysokej úrovne ochrany spotrebiteľov.[58]

ii) Nedostatočnosť výnimiek stanovených v § 9a ods. 2 UWG

76. Okrem toho výnimky zo zásadných zákazov, akým je zákaz stanovený v § 9a ods. 2 UWG, nie sú spôsobilé pokryť všetky prípady, v rámci ktorých sa praktika má považovať za poctivú na základe ustanovení smernice 2005/29, pretože súdom a vnútroštátnym orgánom neumožňujú vykonať posúdenie každého jednotlivého

56 — Pozri moje návrhy vo veciach VTB-VAB a Galatea, už citované v poznámke pod čiarou 12, bod 81. Zjavne súhlasí MICKLITZ, H.-W.: c. d., s. 374.

57 — To je dôvod, pre ktorý ABBAMONTE, G.: The unfair commercial practices Directive an its general prohibition. In: *The regulation of unfair commercial practices under EC Directive 2005/29 – New rules and new techniques*. Norfolk 2007, s. 15, kvalifikuje koncepciu, ktorú uplatňuje smernica, ako liberálnu. Podľa tejto koncepcie všetko, čo nie je výslovne zakázané, je povolené. De CRISTOFARO, G.: c. d., s. 11, správne poznamenáva, že smernica je založená na čiastkovej koncepcii, keďže stanovuje kritériá na posúdenie obchodnej praktiky ako nekalej bez toho, aby poskytovala akékoľvek informácie o znakoch poctivej obchodnej praktiky.

58 — Pozri BAKARDŽIEVA ENGELBREKT, A.: An end to Fragmentation? The Unfair Commercial Practices Directive from the Perspective of the New Member States from Central and Eastern Europe. In: *The regulation of unfair commercial practivces under EC Directive 20005/29 – New rules and new techniques*. Norfolk 2007, s. 47 a nasl., ktorá zdôrazňuje harmonizačný účinok smernice 2005/29, ktorej cieľom je preklenúť významné rozdiely existujúce v právnych úpravách štátov v oblasti nekalej súťaže až do nadobudnutia jej účinnosti. V tomto zmysle pozri aj BARGELLI, E.: c. d. s. 79. WEATHERILL, S.: Who is the „average Consumer". In: *The regulation of unfair commercial practices under EC Directive 2005/29 – New rules and new techniques*. Norfolk 2007, s. 137, kvalifikuje prístup smernice 2005/29 ako regulujúcu dereguláciu. Harmonizácia vnútroštátnych právnych úprav dereguluje trh tým, že odstraňuje rôzne vnútroštátne práva členských štátov v prospech spoločnej právnej úpravy. Podľa FALCE, V., GHIDINI, G.: c. d., s. 372, smeruje k obnoveniu rovnováhy medzi hospodárskou súťažou na vnútornom trhu bez hraníc na jednej strane a ochranou spotrebiteľov na strane druhej.

prípadu. [59] To potvrdil Súdny dvor aj v rozsudku VTB-VAB a Galatea [60].

77. Keďže viazané ponuky nie sú uvedené medzi obchodnými praktikami vymenovanými v prílohe I, ktoré sa za každých okolností považujú za nekalé, môžu byť v podstate zakázané len vtedy, ak sú nekalými obchodnými praktikami napríklad preto, lebo sú klamlivé alebo agresívne v zmysle smernice. Bez ohľadu na to prichádza zákaz podľa smernice do úvahy vtedy, ak obchodná praktika má byť považovaná za nekalú preto, lebo je v rozpore s požiadavkami odbornej starostlivosti, alebo preto, lebo podstatne narušuje alebo je spôsobilá podstatne narušiť ekonomické správanie priemerného spotrebiteľa vo vzťahu k výrobku.

78. Všeobecne platná odpoveď na otázku, či je to tak v prípade viazaných ponúk, nie je možná, treba pristupovať k posúdeniu obchodných praktík v jednotlivých prípadoch. To jasne vyplýva z odôvodnenia č. 7 smernice, podľa ktorého pri uplatňovaní tejto smernice, najmä jej všeobecných ustanovení, je potrebné brať plne do úvahy okolnosti jednotlivého prípadu. Pojem „najmä“ tiež preukazuje, že posúdenie každého jednotlivého prípadu sa neobmedzuje na uplatnenie všeobecného ustanovenia článku 5 ods. 1, ale vzťahuje sa aj na uplatnenie ustanovení článkov 5 až 9 smernice, ktoré ho spresňujú. Odôvodnenie č. 17 preukazuje, že aj normotvorca Spoločenstva sa domnieva, že je nevyhnutné vykonať posúdenie každého jednotlivého prípadu podľa ustanovení článkov 5 až 9 smernice, ak obchodná praktika nespadá medzi obchodné praktiky uvedené v prílohe I. Uvedené vyplýva z výkladu *a contrario* tretej vety odôvodnenia č. 17, ktorá totiž uvádza, že obchodné praktiky uvedené v prílohe I sú jediné obchodné praktiky, ktoré môžu byť považované za nekalé „bez toho, aby boli jednotlivo posudzované podľa ustanovení článkov 5 až 9“.

iii) Predbežný záver

79. Sporné ustanovenie, tak ako vyplýva zo znenia zákona, nie je zlučiteľné so smernicou 2005/29.

59 — Pozri v tomto zmysle tiež HEIDINGER, R.: c. d., s. 46.
60 — Už citovaný v poznámke pod čiarou 4, body 64 a 65.

b) Možnosť poskytnúť súladný výklad so smernicou

80. Ako som už uviedla vo svojich návrhoch vo veci Plus [61], pri posudzovaní otázky, či je ustanovenie vnútroštátneho práva v rozpore s právom Spoločenstva, je určujúce nielen znenie tohto ustanovenia, ale treba tiež zohľadniť spôsob, akým ho vykladajú vnútroštátne súdy. [62] Tým, že judikatúra členského štátu odráža záväzný výklad zákona pre všetkých, na ktorých sa toto právo vzťahuje, je nevyhnutným meradlom na posúdenie konformného prebratia vnútroštátneho práva a jeho výkladu v súlade s právom Spoločenstva. [63]

81. To je dôvod, prečo môže reštriktívny výklad, ktorý vo všeobecnosti uplatňuje Oberster Gerichtshof na zásadný zákaz viazaných ponúk, svedčiť v prospech zlučiteľnosti ustanovenia so smernicou. Nemožno vylúčiť, že vnútroštátny súd tým, že na takýto zákaz uplatní reštriktívny výklad, ho oslabí do takej miery, že sa v konečnom dôsledku stane zlučiteľným so smernicou. Okrem toho treba pripomenúť, že podľa ustálenej judikatúry Súdneho dvora vnútroštátny súd je povinný vykladať vnútroštátne právo, či už ide o ustanovenia skoršie alebo neskoršie ako smernica, vo svetle znenia a účelu smernice [64], aby sa dosiahol výsledok sledovaný smernicou, a teda súlad s článkom 249 tretím odsekom ES, a takto konajúc je vnútroštátny súd povinný poskytovať tento výklad v rozsahu, v akom mu jeho vnútroštátne právo priznáva mieru voľnej úvahy, v súlade s požiadavkami práva Spoločenstva. [65] Uvedené zahŕňa možnosť reštriktívneho výkladu dotknutého ustanovenia vnútroštátneho práva, konformného s právom Spoločenstva, alebo dokonca

61 — Už citované v poznámke pod čiarou 20, bod 82.

62 — LENAERTS, K., ARTS, D., MASELIS, I.: c. d., bod 5-056, s. 162, poukazujú na to, že dosah vnútroštátnych zákonov, iných právnych predpisov alebo správnych opatrení musí byť preskúmaný vo svetle výkladu, ktoré im priraďujú vnútroštátne súdy. Súladný výklad vnútroštátneho práva s právom Spoločenstva bol predmetom návrhu na začatie prejudiciálneho konania podaného nemeckým Bundesgerichtshof vo veci Siemens (rozsudok z 19. novembra 1996, C-42/95, Zb. s. I-6017) a belgického Hof van beroep te Gent vo veci Gysbrechts a Santurel Inter (rozsudok zo 16. decembra 2008, C-205/07, Zb. s. I-9947).

63 — Pozri v tomto zmysle moje návrhy z 18. decembra 2008, Komisia/Španielsko, C-338/06, Zb. s. I-10139, bod 39.

64 — Rozsudky z 10. apríla 1984, von Colson a Kamann, 14/83, Zb. s. 1891, bod 26, a Harz, 79/83, Zb. s. 1921, bod 26; z 15. mája 1986, Johnston, 222/84, Zb. s. 1651, bod 53; z 8. októbra 1987, Kolpinghuis Nijmegen, 80/86, Zb. s. 3969, bod 12; z 20. septembra 1988, Beentjes, 31/87, Zb. 1988 s. 4635, bod 39; zo 14. júla 1994, Faccini Dori, C-91/92, Zb. s. I-3325, bod 24; z 25. februára 1999, Carbonari a i., C-131/97, Zb. s. I-1103, bod 48; z 15. júna 2000, Brinkmann, C-365/98, Zb. s. I-4619, bod 40; z 27. júna 2000, Océano Grupo Editorial a Salvat Editores, C-240/98 až C-244/98, Zb. s. I-4941, bod 30; z 13. júla 2000, Centrosteel, C-456/98, Zb. s. I-6007, bod 16; z 3. októbra 2000, Gozza a i., C-371/97, Zb. s. I-7881, bod 37. V tomto zmysle pozri aj rozsudky z 13. novembra 1990, Marleasing, C-106/89, Zb. s. I-4135, bod 89; z 15. mája 2003, Mau, C-160/01, Zb. s. I-4791, bod 36; z 22. mája 2003, Connect Austria, C-462/99, Zb. s. I-5197, bod 38; z 23. októbra 2003, Adidas-Salomon a Adidas Benelux, C-408/01, Zb. s. I-12537, bod 21, a z 5. októbra 2004, Pfeiffer a i., C-397/01 až C-403/01, Zb. s. I-8835, bod 113. V tejto súvislosti pozri SCHWEITZER, M., HUMMER, W., OBWEXER, W.: *Europarecht*. Wien 2007, s. 82 a nasl.

65 — Rozsudky von Colson a Kamann, už citovaný v poznámke pod čiarou 64, bod 28, a Harz, už citovaný v poznámke pod čiarou 64, bod 28.

sudcovskú tvorbu práva, ak majú vnútroštátne súdy takú právomoc. [66]

82. Reštriktívny výklad uplatňovaný Oberster Gerichtshof by však mal viesť k úzkej zhode medzi normatívnym obsahom § 9a ods. 1 bodu 1 UWG a obsahom ustanovení smernice.

i) Preskúmanie z hľadiska ustanovení smernice

83. Ďalej treba preskúmať, či zákaz viazaných ponúk, ktoré sú predmetom prejednávanej veci, tak ako ho reštriktívne vykladajú rakúske súdy, možno považovať za zlučiteľný so smernicou. V tejto súvislosti treba uplatniť schému preskúmania opísanú v bode 66 týchto návrhov.

66 — Podľa STREINZ, R.: *Europarecht*. 8. vyd. Heidelberg 2008, s. 161, bod 456, povinnosť konformného výkladu so smernicou je obmedzená spôsobilosťou vnútroštátneho práva môcť byť vykladané. Ak majú vnútroštátne súdy aj právomoc sudcovskej tvorby práva, mali by ju prípadne využívať spôsobom, aby sa dosiahol súlad vnútroštátneho práva s právom Spoločenstva.

— Článok 5 ods. 4 a 5 smernice 2005/29

Zoznam nekalých praktík v prílohe I smernice

84. Najprv treba konštatovať, že obchodná praktika zakázaná paragrafom 9a ods. 1 UWG nezodpovedá žiadnemu z prípadov nekalých obchodných praktík uvedených v prílohe I smernice. Nemožno najmä uplatniť prípad opísaný v bode 16, ktorý spočíva v tvrdení, že výrobok je schopný zvýšiť šance na výhru v hazardných hrách. Týka sa osobitných foriem reklamy [67], ale nie uplatnenia viazaných ponúk [68]. Okrem toho žalobkyňa vôbec netvrdí, že kúpa tovaru postačuje na zabezpečenie šance na výhru. Ponúka iba možnosť zúčastniť sa na hre o cenu, ktorá je v konečnom dôsledku pre všetkých dostupná prostredníctvom internetu bez toho, aby

67 — Pokiaľ ide o normatívny cieľ tohto ustanovenia, pozri BÜLLESBACH, E.: c. d., s. 114. Ak podnikateľ tvrdí, že výrobok môže zvýšiť šancu na výhru v hazardných hrách, spotrebiteľovi tým naznačuje, že kúpa výrobku mu umožní ovplyvniť výsledok v jeho prospech. Hazardné hry sa však vyznačujú tým, že výsledok je determinovaný náhodou. V dôsledku tohto prvku náhodnosti je *a priori* nemysliteľné ovplyvniť výsledok. Išlo by teda o klamstvo vzhľadom na vhodnú povahu výrobku. Keďže tvrdenie sa nepriamo zahráva s hráčskou vášňou, osobitne vystavuje spotrebiteľa nebezpečenstvu, pretože nádej na ľahšiu výhru môže silno ovplyvniť racionálnosť jeho rozhodnutia.

68 — Pozri bod 85 mojich návrhov vo veci Plus, už citovaných v poznámke pod čiarou 20.

kupujúcemu sľubovala, že jeho šance na výhru budú vyššie. Spotrebiteľ, ktorý sa chce zúčastniť na voľbách „futbalistu roka“, si teda nevyhnutne nemusí kúpiť dotknuté noviny, naopak, môže si vybrať medzi viacerými spôsobmi účasti. Nenaznačuje sa mu, že jeho šance na výhru budú menšie ako šance ostatných účastníkov hry, ktorí si zvolili iný spôsob účasti na hre ako kúpu dotknutých novín, a nevyplýva to ani z objektívneho preskúmania.

Klamlivé a agresívne obchodné praktiky v zmysle článku 5 ods. 4 smernice

85. Treba si položiť otázku, či obchodná praktika zakázaná paragrafom 9a ods. 1 UWG môže byť kvalifikovaná ako klamlivá alebo agresívna v zmysle článku 5 ods. 4 smernice. To tvrdí rakúska vláda, ktorá tiež vidí v spornom ustanovení prebratie článku 6 ods. 1 písm. d) alebo článkov 8 a 9 smernice [69].

69 — Pozri bod 55, s. 21 pripomienok rakúskej vlády.

Klamlivé obchodné praktiky v zmysle článkov 6 a 7 smernice

86. Ako preukazuje výklad článkov 6 a 7 smernice, klamlivé obchodné praktiky sa vyznačujú predovšetkým klamlivým prvkom, pokiaľ ide o podstatné znaky výrobku. Podľa článku 6 ods. 1 písm. d) smernice súčasťou podstatných znakov výrobku je aj cena.

87. V rozsudku Oosthoek's Uitgeversmaatschappij [70], na ktorý sa rakúska vláda odvoláva vo svojich pripomienkach, Súdny dvor konštatoval v súvislosti so zlučiteľnosťou zákazu prémií v Holandsku s voľným pohybom tovarov, že „ponuka prémie ako prostriedku podpory predaja môže uviesť spotrebiteľov do omylu o reálnych cenách výrobkov a skresliť podmienky hospodárskej súťaže založenej na konkurencieschopnosti“. Súdny dvor z toho vyvodil záver, že „právne predpisy, ktoré z tohto dôvodu obmedzujú alebo dokonca zakazujú takéto obchodné praktiky, môžu prispieť k ochrane spotrebiteľov a k poctivosti obchodných vzťahov“.

88. Tieto zistenia, stanovené dávno pred prijatím smernice 2005/29, zostávajú stále aktuálne, pretože ak správne rozumieme citovanej pasáži rozsudku, odkazujú na abstraktné riziko viazaných ponúk, ktoré môžu

70 — Rozsudok z 15. decembra 1982, Oosthoek's Uitgeversmaatschappij, 286/81, Zb. s. 4575, bod 18.

znemožňovať dostatočné rozpoznanie hodnoty jednotlivých výrobkov. To naznačuje použitie slovesa „môže“ v prvej vete. Súdny dvor preto implicitne zastáva názor, že je potrebné vykonať výklad každého jednotlivého prípadu, ako to požaduje normotvorca Spoločenstva v smernici 2005/29.

89. Okrem toho z uvedeného rozsudku jasne vyplýva, že Súdny dvor rozhodol výlučne o otázke zlučiteľnosti dotknutého zákazu prémií v Holandsku s voľným pohybom tovarov, pričom zohľadnil jeho osobitnú právnu štruktúru. V dôsledku toho nemožno závery Súdneho dvora prebrať na prejednávaný prípad. Za týchto okolností nie je opodstatnené tvrdenie, podľa ktorého je akékoľvek uplatnenie prémií akýmkoľvek spôsobom potenciálne klamlivé.

90. V dôsledku toho nemožno považovať sporné ustanovenie, tak ako ho reštriktívne vykladajú rakúske súdy, za zlučiteľné s článkom 6 ods. 1 písm. d) smernice.

Agresívne obchodné praktiky v zmysle článku 8 smernice

91. Vo všeobecnosti je tiež predstaviteľné, že sa viazané ponuky zaradia do kategórie agresívnych obchodných praktík, pretože článok 8 smernice v tejto súvislosti vyžaduje zhoršenie, najmä v dôsledku obťažovania, nátlaku alebo použitia fyzickej sily, slobody výberu alebo správania priemerného spotrebiteľa vo vzťahu k produktu.

92. Tento prvok však nie je znakom viazaných ponúk a ani v prejednávanom prípade nie je prítomný. V dôsledku toho, napriek reštriktívnemu výkladu, nie je ustanovenie zlučiteľné s článkom 8 smernice.

— Článok 5 ods. 2 smernice 2005/29

93. Okrem toho podľa smernice je zákaz možný iba v prípade, ak sa obchodná praktika musí považovať za nekalú, lebo je v rozpore s požiadavkami odbornej starostlivosti a podstatne narušuje alebo je spôsobilá podstatne narušiť ekonomické správanie priemerného spotrebiteľa vo vzťahu k produktu. Na to je

potrebné, aby boli splnené podmienky stanovené v článku 5 ods. 2 písm. a) a b) [71].

94. Preskúmanie zlučiteľnosti § 9a ods. 1 bodu 1 UWG s článkom 5 ods. 2 smernice 2005/29 sa vykonáva v dvoch etapách. Najskôr treba preskúmať, či s ohľadom na už uvedený reštriktívny výklad ustanovenie § 9a ods. 1 bodu 1 UWG podriaďuje zákaz rovnakým podmienkam ako smernica. Aj je to tak, treba preskúmať, či do pôsobnosti tohto vnútroštátneho ustanovenia spadajú jedine praktiky, ktoré sa musia považovať za nekalé v zmysle článku 5 ods. 2.

Spôsobilosť podstatne narušiť správanie priemerného spotrebiteľa

Zhoda rozsahu pôsobnosti

Zhoda stanovených podmienok

95. V každom prípade existuje úzka vecná zhoda medzi sporným ustanovením a smernicou, pokiaľ ide o podmienku stanovenú v článku 5 ods. 2 písm. b), pretože podľa reštriktívneho výkladu rakúskych súdov na to, aby bola prémia protiprávna v zmysle § 9a ods. 1 bodu 1 UWG, musí byť jej oznámenie, ponuka alebo poskytovanie „objektívne spôsobilé ovplyvniť správanie cieľových spotrebiteľov“. Okrem toho samotný vnútroštátny súd uvádza možnosť vykladať túto požiadavku vytvorenú rakúskou judikatúrou v zmysle článku 5 ods. 2 písm. b) [72]. Skutočnosť, že sa takejto požiadavke vnútroštátneho práva, ktorej znenie je v podstate identické, prizná rovnaký význam ako v práve Spoločenstva, nevyvoláva námietky.

96. Pojem „podstatné narušenie ekonomického správania spotrebiteľa“ v zmysle tohto ustanovenia treba totiž podľa právnej definície obsiahnutej v článku 2 písm. e) chápať ako „použitie obchodnej praktiky, ktorá výrazne znižuje schopnosť spotrebiteľa urobiť

71 — V tomto zmysle ABBAMONTE, G.: c. d., s. 21; MASSAGUER, J.: *El nuevo derecho contra la competencia desleal – La Directiva 2005/29/CE sobre las Prácticas Comerciales Desleales*. Cizur Menor 2006, s. 58; MAIONE, N.: Le Pratiche commerciali sleali nella direttiva 2005/29/CE. In: *Lezioni di diritto privato europeo*, 2007, s. 1068.

72 — Pozri s. 10 návrhu na začatie prejudiciálneho konania.

informované rozhodnutie, čo vedie k tomu, že urobí rozhodnutie o obchodnej transakcii, ktoré by inak neurobil“. Cieľom tohto ustanovenia je ochrana slobody rozhodovania spotrebiteľa. [73]

97. Hoci sa prejudiciálna otázka vnútroštátneho súdu týka všeobecne zlučiteľnosti § 9a ods. 1 bodu 1 UWG so smernicou, na vyriešenie veci samej je rozhodujúca nie v súvislosti so všetkými dotknutými prípadmi (periodická tlač a prémie), ale iba s viazanými ponukami periodickej tlače a hier o cenu. Aj účastníci konania sa vo svojich pripomienkach odvolávajú najmä na túto veľmi osobitnú formu viazaných ponúk, ktorá z hľadiska ochrany spotrebiteľov nie je bezproblémová. Budem preto skúmať podrobnejšie účinky tejto obchodnej praktiky na správanie spotrebiteľa.

98. Rakúska vláda sa domnieva, že vyššie uvedená podmienka je splnená, pokiaľ ide o viazané ponuky výrobkov a hier o cenu. [74] Vysvetľuje, že v prípade novín, ktorých jednotková cena je relatívne nízka, ako je to v prejednávanej veci, sa spotrebiteľ rozhodne kúpiť hlavný výrobok z dôvodov, ktoré so samotným výrobkom nesúvisia, teda z dôvodu šancí na výhru. V tomto prípade perspektíva bezplatnej účasti na hre, ktorá ponúka šancu vyhrať cenu neprimeranej hodnoty, môže skutočne podstatne narušiť správanie spotrebiteľa v odvetví médií.

99. Rakúska vláda má dôvod tvrdiť, že použitie hier o cenu na reklamné účely môže vyvolať hráčsku vášeň, ktorá je v ľudskej povahe. Ako som už uviedla vo svojich návrhoch vo veci Plus [75], tieto hry sú príťažlivé predovšetkým z dôvodu možnosti získať za určitých okolností výhry, ktoré môžu byť značne vysoké. Môžu prilákať pozornosť potenciálnych zákazníkov a upriamiť ju v rámci zvolenej reklamnej stratégie na určité ciele. Preto je

73 — Ale prostredníctvom hospodárskeho záujmu spotrebiteľa. Podľa ABBAMONTE, G.: c. d., s. 23, toto ustanovenie vychádza zo zásady, že nekalé obchodné praktiky narúšajú preferencie spotrebiteľov tým, že porušujú ich rozhodovaciu slobodu alebo spôsobilosť. V dôsledku nich spotrebitelia kupujú výrobky, ktoré nepotrebujú alebo, naopak, ktoré by bez tohto zásahu považovali za menej kvalitné. Článok 5 ods. 2 písm. b) smernice 2005/29 však nevyžaduje, aby spotrebiteľ utrpel hospodársku ujmu. Autor sa domnieva, že takáto podmienka ide nad rámec toho, čo je nevyhnutné, lebo by značne znížila úroveň ochrany spotrebiteľov v Európskej únii.

74 — Pozri bod 51, s. 20 pripomienok rakúskej vlády.

75 — Už citované v poznámke pod čiarou 17, bod 93.

náročné uprieť akúkoľvek závažnosť tvrdeniu, podľa ktorého môže takáto obchodná praktika za určitých okolností podstatne narušiť správanie spotrebiteľa.

100. Je však neisté, či by bolo takéto zovšeobecnenie zlučiteľné s požiadavkami práva Spoločenstva, pretože smernica jednak vyžaduje, aby vnútroštátne súdy a orgány podrobne preskúmali okolnosti prípadu predtým, než vyvodia záver o tom, že daná praktika je nekalá [76], a jednak na účely posúdenia účinkov dotknutej reklamnej kampane vychádza z vnímania priemerného spotrebiteľa alebo priemerného člena skupiny spotrebiteľov.

101. Ako vyplýva z odôvodnenia č. 18, pojem priemerný spotrebiteľ používaný v smernici 2005/29 presne zodpovedá modelu referenčného spotrebiteľa vytvoreného judikatúrou Súdneho dvora [77], ktorý „je v rozumnej miere dobre informovaný, vnímavý a obozretný pri zohľadnení sociálnych, kultúrnych a jazykových faktorov“. Pojem priemerný spotrebiteľ je vysvetlený v predposlednej vete odôvodnenia č. 18, ktorá zdôrazňuje, že sa „nezakladá na štatistickom zistení“. Okrem iného sa uvádza, že „vnútroštátne súdy a orgány budú musieť samy na základe vlastnej úvahy určiť, so zreteľom na judikatúru Súdneho dvora, typickú reakciu priemerného spotrebiteľa v danom prípade“.

102. Metóda vypracovaná Súdnym dvorom na preskúmanie účinkov reklamnej kampane na priemerného spotrebiteľa je založená na zásade proporcionality. Jej cieľom je dosiahnuť primeranú rovnováhu medzi cieľom ochrany spotrebiteľov na jednej strane a potrebou podpory pohybu tovarov na vnútornom trhu, ktorý sa vyznačuje slobodnou hospodárskou súťažou, na strane druhej. Normotvorca Spoločenstva tým, že prijal smernicu 2005/29, kodifikoval uvedenú metódu a v súlade s judikatúrou Súdneho dvora

76 — Pozri body 76 až 78 týchto návrhov.

77 — Pokiaľ ide o referenčného spotrebiteľa v judikatúre Súdneho dvora, pozri rozsudky zo 16. januára 1992, X, C-373/90, Zb. s. I-131, body 15 a 16; zo 16. júla 1998, Gut Springenheide a Tusky, C-210/96, Zb. s. I-4657, bod 31; zo 4. mája 1999, Windsurfing Chiemsee, C-108/97 a C-109/97, Zb. s. I-2779, bod 29; z 13. januára 2000, Estée Lauder, C-220/98, Zb. s. I-117, bod 27; z 21. júna 2001, Komisia/Írsko, C-30/99, Zb. s. I-4619, bod 32; z 24. októbra 2002, Linhart a Biffl, C-99/01, Zb. s. I-9375, bod 31; z 8. apríla 2003, Pippig Augenoptik, C-44/01, Zb. s. I-3095, bod 55; z 12. februára 2004, Koninklijke KPN Nederland, C-363/99, Zb. s. I-1619, bod 77; z 12. februára 2004, Henkel, C-218/01, Zb. s. I-1725, bod 50; z 9. marca 2006, Matratzen Concord, C-421/04, Zb. s. I-2303, bod 24, a z 19. septembra 2006, Lidl Belgium, C-356/04, Zb. s. I-8501, bod 78.

zveril túto úlohu preskúmania vnútroštátnym súdom a orgánom. Uvedené má zabrániť riziku, aby sa rovnaké obchodné praktiky posudzovali v jednotlivých členských štátoch rôzne a zabezpečiť vyššiu úroveň ochrany spotrebiteľov. [78]

103. Z právneho hľadiska odkaz na „priemerného spotrebiteľa, ktorý je v rozumnej miere dobre informovaný, vnímavý a obozretný", znamená, že vecná podmienka stanovená v článku 5 ods. 1 písm. b) sa má vykladať dostatočne reštriktívnym spôsobom, aby sa zachovala primeraná rovnováha medzi obidvoma cieľmi. Neumožňuje domnievať sa, že akákoľvek obchodná praktika spĺňa túto podmienku, ak je jednoducho spôsobilá ovplyvniť rozhodnutie o kúpe. Právo Spoločenstva totiž predpokladá, že spotrebiteľ môže rozoznať nebezpečenstvo, ktoré predstavujú niektoré obchodné praktiky, a v dôsledku toho konať racionálne. [79] Je to tiež koherentné z legislatívneho hľadiska, ak nechceme prijať názor, že akákoľvek forma reklamy, všeobecne považovaná za neškodnú, hoci niekedy provokujúcu, je nekalá, a preto by mala byť zakázaná. [80]

104. Ako vysvetľuje, a podľa môjho názoru správne, žalovaná [81], priemerný spotrebiteľ si je vedomý toho, že reklama a podpora odbytu v slobodnej trhovej ekonomike majú za cieľ získať zákazníkov nielen prostredníctvom ceny a kvality, ale aj prisľúbením množstva doplnkových výhod. Tieto výhody môžu mať emocionálnu povahu, napríklad v prípade reklamy prinášajúcej pocit slobody a nezávislosti alebo príslušnosti k vymedzenej sociálnej skupine, alebo môžu poskytovať výhodu veľkej ekonomickej hodnoty, ako je to v prípade prémií. V legislatívnom rámci stanovenom právom Spoločenstva je preto logické prenechať takémuto spotrebiteľovi, ktorý je v ro-

78 — ABBAMONTE, G.: c. d., uvádza, že normotvorca Spoločenstva tým, že prijal smernicu 2005/29, kodifikoval túto metódu, ktorú súdy niektorých členských štátov neuplatňovali. Autor sa domnieva, že to zníži riziko, že rovnaké obchodné praktiky sa budú posudzovať v jednotlivých členských štátoch rôzne, a posilní právnu istotu. V tomto zmysle pozri tiež WIEBE, A.: c. d., s. 75, a MICKLITZ, H.-W.: Das Konzept der Lauterkeit in der Richtlinie 2005/29/CE. In: *Droit de la consommation/Konsumentenrecht/Consunmer law, Liber amicorum* Bernd Stauder. Basel 2006, s. 311. WEATHERILL, S.: c. d., s. 135, vysvetľuje, že hoci sa môže zdať, že vychádzať z konceptu priemerného spotrebiteľa je umelé vzhľadom na rozdielne správanie spotrebiteľov, je to nevyhnutné pre dobré fungovanie systému harmonizácie právnych úprav.

79 — LECHELER, H.: Verbraucherschutz. In: *Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts*. Hrsg. Manfred Dauses. Zv. 2. München 2004, H. V, bod 27, s. 11, vykladá judikatúru Súdneho dvora (uvedenú v poznámke pod čiarou 77 týchto návrhov) v tom zmysle, že sa odvoláva na spotrebiteľa, ktorý je v zásade uvážlivý a vnímavý, schopný zorientovať sa a konať s rozvahou.

80 — MAIONE, N.: c. d., s. 1068, uvádza, že normotvorca Spoločenstva nechcel zakázať všetky obchodné praktiky, ktoré ovplyvňujú správanie spotrebiteľa, ale iba praktiky, ktoré sú v rozpore s odbornou starostlivosťou, pretože porušujú rozhodovaciu slobodu spotrebiteľa.

81 — Pozri s. 10 pripomienok žalovanej vo veci samej.

zumnej miere dobre informovaný, vnímavý a obozretný, rozhodnutie, či si kúpi výrobok z dôvodu výhod vychválených reklamou, jeho kvality alebo aj jeho nízkej ceny. [82]

spotrebiteľom. [83] Neprimeraným spôsobom tiež obmedzuje voľný pohyb tovarov a voľné poskytovanie služieb. Takýto zákaz ide totiž nad rámec toho, čo je nevyhnutné na zohľadnenie záujmov spotrebiteľov a zároveň voľného pohybu tovarov a voľného poskytovania služieb.

Predbežný záver

105. Predpoklad vlastný každej právnej úprave ustanovujúcej zásadný zákaz, podľa ktorého je nebezpečná akákoľvek viazaná ponuka výrobku a hry o cenu, nezávisle od skutočného rizika, ktoré predstavuje, a od osobitných znakov verejnosti, ktorej je určená, a preto musí byť zakázaná, nie je zlučiteľný s modelom referenčného spotrebiteľa práva Spoločenstva. Treba ho v konečnom dôsledku vnímať ako vytvorenie dohľadu nad

106. Súhrnne treba konštatovať, že zákaz viazaných ponúk stanovený v § 9a ods. 1 bod 1 UWG, tak ako ho reštriktívne vykladajú rakúske súdy, je založený na rovnováhe existujúcich záujmov, ktorá nezodpovedá požiadavkám smernice 2005/29.

107. Hoci tento záver postačuje na kladnú odpoveď na prvú prejudiciálnu otázku, subsidiárne ďalej preskúmam zlučiteľnosť sporného ustanovenia s ďalšími podmienkami

82 — Pozri v tomto zmysle tiež KUCSKO, G.: c. d., s. 709, ktorý pochybuje o tom, že ešte v dnešnej dobe zostáva rozhodujúca argumentácia, na ktorej boli založené prípravné práce Prämiengesetz z roku 1929 (v ktorom má pôvod zákaz prémií stanovený v § 9a ods. 1 bode 1 UWG). Dnešný spotrebiteľ je viac kritický a informovaný. V priebehu posledných desaťročí sa tiež úplne zmenil samotný svet reklamy. Spotrebiteľ podlieha oveľa intenzívnejšej reklamnej kampani (mimochodom, nie vždy objektívnej) a zvyká si na ňu. „Imidž" niektorých značiek vyvoláva asociácie, ktoré nemajú nič spoločné so skutočnými vlastnosťami výrobku. Okrem toho pravidelné zverejňovanie komparatívnych testov, certifikačných znakov, časopisov kritických spotrebiteľov atď. posilnilo schopnosť úsudku spotrebiteľa nielen vo vzťahu k testovaným výrobkom, ale aj úplne všeobecným spôsobom. Dnešný spotrebiteľ je preto schopnejší sám posúdiť, či sa chce nechať „zlákať ponukou, ktorá nesúvisí s výrobkom", alebo či sa mu zdá byť cena hlavného výrobku príliš vysoká. Okrem toho prémia mu prinesie viac než nehmotný „imidž", poskytne mu skutočný výrobok alebo službu. V dnešnej dobe už nie je presvedčivý argument, ktorý pozbavuje spotrebiteľov zodpovednosti za ochranu.

83 — HEIDINGER, R.: c. d., s. 46, a WITTMANN, H.: EUGH: Zugabenverbot vor dem Fall? In: *Medien und Recht*, 2008, č. 6, s. 284, skúmajú výhrady vyjadrené vnútroštátnym súdom v návrhu na začatie prejudiciálneho konania. Uvádzajú, že v prejednávanom prípade model referenčného zodpovedného spotrebiteľa, na ktorom je založený článok 5 ods. 2 smernice 2005/29, bráni domnienke nekalosti.

stanovenými v článku 5 ods. 2 smernice ako odpoveď na vysvetlenia vnútroštátneho súdu a rakúskej vlády.

Porušenie odbornej starostlivosti

— Zhoda právnych požiadaviek

108. Skutočnosť, že sporné ustanovenie, hoci vykladané reštriktívne, úplne upúšťa od základnej podmienky, ktorou je porušenie odbornej starostlivosti, stanovenej v článku 5 ods. 2 písm. a) smernice, sa zdá byť ako zjavný rozdiel v porovnaní s požiadavkami smernice.

109. V tejto súvislosti rakúska vláda tvrdí, že požiadavka odbornej starostlivosti je v skutočnosti vlastná spornému ustanoveniu, pretože jeho cieľom je ochrana hospodárskej súťaže proti rizikám využívania hráčskej vášne spotrebiteľov. Dodržanie odbornej starostlivosti musí byť preskúmané súdmi v každom jednotlivom prípade v závislosti od požiadaviek špecifických pre každé povolanie. [84] Tomuto tvrdeniu treba rozumieť v tom zmysle, že vnútroštátne sporné ustanovenie musí uvedenú požiadavku zavádzať do praxe, hoci aj prostredníctvom korigujúceho výkladu poskytnutého príslušným súdom.

110. Tieto vysvetlenia týkajúce sa vnútroštátneho práva však nie sú presvedčivé, keďže vnútroštátny súd výslovne poznamenáva, že na rozdiel od už spomenutej požiadavky podstatného narušenia správania spotrebiteľa [85] rakúske súdy nemôžu skúmať, či oznámenie, ponuka alebo poskytovanie výhod je nekalé aj vo svojej podstate, lebo je v rozpore s požiadavkami odbornej starostlivosti. [86] Preto má vnútroštátny súd pochybnosti, či zásadný zákaz prémií, tak ako je v súčasnosti formulovaný, je zlučiteľný so smernicou 2005/29.

— Predbežný záver

111. Vysvetlenia vnútroštátneho súdu teda potvrdzujú môj názor, podľa ktorého zákaz viazaných ponúk stanovený v § 9a ods. 1

84 — Pozri bod 47, s. 19 pripomienok rakúskej vlády.
85 — Pozri bod 95 týchto návrhov.
86 — Pozri s. 10 návrhu na začatie prejudiciálneho konania.

bode 1 UWG nie je v súlade ani s požiadavkami smernice, pokiaľ ide o podmienku uloženú článkom 5 ods. 2 písm. a). V dôsledku toho nemožno v spornom ustanovení konštatovať nijakú zhodu s právnymi požiadavkami článku 5 ods. 2 písm. a). Nikto sa nedovolával existencie inej požiadavky rakúskeho práva nekalej súťaže, ktorá by približne zodpovedala právnym požiadavkám článku 5 ods. 2 písm. a).

112. Vzhľadom na to, že uvedené stačí na vyvodenie záveru, že sporné ustanovenie nie je zlučiteľné s článkom 5 ods. 2 smernice 2005/29, nie je dôvod pokračovať v preskúmaní podľa tohto ustanovenia smernice.

c) Záver

113. V dôsledku toho vnútroštátne ustanovenie, akým je § 9a ods. 1 bod 1 UWG, tak ako je vykladané, ktoré stanovuje zásadný zákaz viazaných ponúk bez možnosti prihliadnuť na okolnosti v jednotlivých prípadoch, je v podstate reštriktívnejšie a prísnejšie než ustanovenia smernice 2005/29.

114. V tejto súvislosti treba uviesť, že § 9a ods. 1 bod 1 UWG sa týka oblasti, na ktorú sa vzťahuje úplná harmonizácia a na ktorú sa neuplatnia prechodné ustanovenia článku 3 ods. 5 smernice. Okrem toho žiaden z účastníkov konania netvrdil, že sporné vnútroštátne ustanovenie spadá do jednej z oblastí uvedenej v odôvodnení č. 9 smernice [87]. Výnimka stanovená v článku 3 ods. 9 smernice 2005/29 sa taktiež neuplatní.

115. Zásadný zákaz viazaných ponúk stanovený v § 9a ods. 1 bode 1 UWG, ktorý podlieha vyššie preskúmanému reštriktívnemu výkladu, v konečnom dôsledku vedie k doplneniu obmedzeného zoznamu zakázaných obchodných praktík v prílohe I smernice, pričom členské štáty nie sú oprávnené konať práve takto, lebo smernica uskutočnila úplnú

87 — Ako správne poznamenáva SCHUHMACHER, W.: c. d., s. 131, určité obmedzenia úplnej harmonizácie sú uvedené v odôvodnení č. 9. V prejednávanej veci však žiaden z účastníkov tohto prejudiciálneho konania výslovne netvrdil, že tieto obmedzenia možno uplatniť na prejednávanú vec. Okrem toho na základe objektívneho preskúmania sa nezdá, že by to v tomto prípade bolo možné.

a maximálnu harmonizáciu.[88] Členské štáty nie sú oprávnené jednostranne doplniť tento zoznam, keďže podľa článku 5 ods. 5 smernice uvedený zoznam môže byť upravený iba novelizáciou tejto smernice, teda podľa postupu spolurozhodovania stanoveného v článku 251 ES.

116. Vzhľadom na vyššie uvedené úvahy som dospela k záveru, že napriek reštriktívnemu výkladu je vnútroštátne ustanovenie, akým je § 9a ods. 1 bod 1 UWG, nezlučiteľné s požiadavkami smernice 2005/29.

Stiahnutie návrhu nariadenia o podpore predaja na vnútornom trhu

117. Časť argumentácie rakúskej vlády je založená na rôznych ustanoveniach návrhu nariadenia Komisie o podpore predaja na vnútornom trhu, ktorý bol nakoniec stiahnutý.[89] Tieto ustanovenia sa týkali najmä ponuky bezodplatných výhod, prémií alebo možnosti účasti na promočných súťažiach a hrách o cenu. Rakúska vláda vyvodzuje zo stiahnutia tohto návrhu nariadenia o podpore predaja na vnútornom trhu záver, že oblasť, ktorú malo nariadenie pokryť, stále nie je upravená žiadnou právnou úpravou a napríklad nespadá do pôsobnosti smernice 2005/29.

118. Vo svojich návrhoch vo veciach VTB-VAB a Galatea[90] a vo veci Plus[91] som už predniesla podrobné pripomienky týkajúce sa dôsledkov stiahnutia tohto návrhu Komisie na právne posúdenie viazaných ponúk. V podstate identická argumentácia belgickej a nemeckej vlády mi na to poskytla príležitosť. Vysvetlila som v nich, prečo podľa môjho názoru ani návrh nariadenia Komisie o podpore predaja na vnútornom trhu, ani návrhy na zmenu a doplnenie predložené v rámci legislatívneho konania neumožnili vyvodiť závery týkajúce sa výkladu smernice 2005/29.

88 — ABBAMONTE, G.: c. d., s. 21, poznamenáva, že členské štáty samotné nemôžu doplniť obmedzený zoznam zakázaných obchodných praktík v prílohe I smernice 2005/29. Ak by boli oprávnené tak konať, znamenalo by to obchádzanie úplnej harmonizácie sledovanej smernicou, čo by zabránilo dosiahnuť cieľ právnej istoty. KEIRSBILCK, B.: c. d., s. 522, kvalifikuje zoznam zakázaných obchodných praktík v prílohe I ako obmedzený.

89 — Návrh Komisie nariadenia Európskeho parlamentu a Rady o podpore predaja na vnútornom trhu [KOM(2001) 546 v konečnom znení].

90 — Už citované v poznámke pod čiarou 12, body 90 až 94.

91 — Už citované v poznámke pod čiarou 20, body 106 až 111.

119. Vyššie uvedený návrh sa týka normy Spoločenstva, ktorá v konečnom dôsledku nikdy nenadobudla účinnosť a v dôsledku toho sa nikdy nestala neoddeliteľnou súčasťou právneho poriadku Spoločenstva. Ťažko teda môže táto norma slúžiť ako predmet výkladu. A to tým skôr, ak Komisia takýto návrh sama z vlastnej iniciatívy stiahne, ako sa stalo v prípade dotknutého návrhu nariadenia. Treba pripomenúť, že Komisia jediná má právo legislatívnej iniciatívy, a teda aj možnosť stiahnuť svoje návrhy. Okrem toho tieto návrhy môžu byť predmetom množstva zmien a doplnení Rady a Parlamentu v priebehu legislatívneho procesu, možno ich teda využiť ako pomocné výkladové prostriedky len v obmedzenej miere. [92] V dôsledku toho konečná forma takého nariadenia môže byť iba predmetom dohadov. Takýto návrh preto nemôže založiť legitímnu dôveru.

120. V každom prípade členský štát nemôže uplatňovať svoje stanovisko, dovolávajúc sa legitímnej dôvery, ak jeho účasť na obidvoch legislatívnych postupoch bola zásadná. Legislatívne postupy týkajúce sa nariadenia a smernice 2005/29 prebiehali sčasti súčasne. Účasť rakúskej vlády, ako ústavného zástupcu členského štátu v Rade, na obidvoch legislatívnych postupoch bola zásadná, čiže rakúska vláda bola neustále informovaná o ich priebehu. Nemôže sa teda platne odvolávať na neznalosť priebehu obidvoch legislatívnych postupov.

121. Súdny dvor zdôraznil zvláštnu zodpovednosť vlád zastúpených v Rade v rámci preberania smerníc. Zo skutočnosti, že tieto vlády sa zúčastňujú na prípravných prácach na smerniciach, dospel k záveru, že musia byť schopné vypracovať legislatívne ustanovenia nevyhnutné na ich vykonanie v stanovenej lehote. [93]

122. V dôsledku toho mala rakúska vláda najneskôr v okamihu stiahnutia návrhu Komisie [94] prípadne overiť, v akom rozsahu sa

92 — Pozri bod 83 mojich návrhov z 29. októbra 2009 vo veci C-484/08, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid/Ausbanc (vec v konaní). V tomto zmysle pozri RIESENHUBER, K.: Die Auslegung. In: *Europäische Methodenlehre*. Berlin 2006, s. 257, bod 31. Autor vysvetľuje, že historický výklad, ktorý sa sústreďuje na minulosť a genézu, má v práve Spoločenstva ústredné postavenie. Ak je cieľom výkladu hľadať vôľu zákonodarcu, treba najskôr vedieť, aká vôľa je rozhodujúca. Demokraticky schválený zákonodarca nie je nikto iný ako zákonodarné orgány, ktoré schválili dotknutý akt. Jednotlivé orgány sú len vypočuté a Komisia samotná má iba právo zákonodarnej iniciatívy a možnosť stiahnuť návrhy; tieto návrhy môžu byť slobodne menené a dopĺňané v rámci legislatívneho procesu. Návrhy a želania Komisie, ktoré neboli prijaté, by mohli nanajvýš (ale nie nevyhnutne) poskytnúť argument *a contrario*.

93 — Rozsudky z 1. marca 1983, Komisia/Belgicko, 301/81, Zb. s. 467, bod 11, a z 23. novembra 2000, Komisia/Francúzsko, C-319/99, Zb. s. I-10439, bod 10.

94 — Rozhodnutie Komisie stiahnuť svoj návrh nariadenia bolo uverejnené v Ú. v. EÚ C 64, 2006, s. 3. Komisia však toto rozhodnutie oznámila už v oznámení „Výsledok skríningu návrhov právnych predpisov v legislatívnom procese", KOM(2005) 462 v konečnom znení z 27. septembra 2005, s. 10.

vecná pôsobnosť smernice 2005/29 rozširuje na oblasti, ktoré boli doposiaľ upravené plánovaným nariadením. Nevyhnutnosť takéhoto kroku sa objavila, obzvlášť keď smernica vo svojej pôvodnej koncepcii bola určená jednak na stanovenie subsidiárnych pravidiel v oblasti práva ochrany spotrebiteľov Spoločenstva a jednak na vykonanie úplnej harmonizácie právnych predpisov členských štátov týkajúcich sa nekalých obchodných praktík. [95] Keďže stiahnutie nastalo v okamihu, keď ešte bežala lehota na prebratie smernice, rakúsky zákonodarca mal na účely úpravy vnútroštátneho práva prihliadnuť na tieto skutočnosti.

123. Na záver treba poznamenať, že v rozsudku VTB-VAB a Galatea Súdny dvor neprijal v podstate identický názor belgickej vlády a tým dal implicitne najavo, že nenasleduje tento spôsob uvažovania. Nakoniec to potvrdil rozsudok Plus Warenhandelsgesellschaft [96].

124. Toto tvrdenie musí byť teda zamietnuté.

5. Záver

125. Súhrnne treba konštatovať, že skutočnosť, že štruktúra vnútroštátneho ustanovenia vytvoreného ako zásadný zákaz neumožňuje v rovnakej miere ako smernica 2005/29 posúdiť nekalú povahu dotknutej obchodnej praktiky v každom jednotlivom prípade, svedčí v prospech nezlučiteľnosti tohto ustanovenia s požiadavkami smernice. [97]

126. Okrem toho treba konštatovať, že na sporné vnútroštátne ustanovenie nemožno hľadieť ako na riadne prebratie ustanovení článku 5 ods. 2, 4 a 5 smernice, aj keby bolo predmetom reštriktívneho výkladu, akým je výklad rakúskych súdov. Z toho vyplýva, že zákonné podmienky uplatnenia vnútroštátneho ustanovenia nezodpovedajú podmienkam stanoveným smernicou na účely kvalifikácie obchodnej praktiky za nekalú alebo že nie je možné poskytnúť im súladný výklad so smernicou.

95 — V tomto zmysle sa tiež STUYCK, J.: c. d., domnieva, že niektoré členské štáty si zjavne neuvedomili, že ustanovenia stiahnutého návrhu nariadenia, ktoré sa týkali vzťahov medzi podnikateľom a spotrebiteľom, boli nakoniec prevzaté smernicou 2005/29 (vzhľadom na jej cieľ úplnej harmonizácie).

96 — Rozsudok Plus Warenhandelsgesellschaft, už citovaný v poznámke pod čiarou 5, bod 33.

97 — Pozri body 76 až 79 týchto návrhov.

127. Keďže smernica 2005/29 bráni zákazu viazaných ponúk, akým je zákaz stanovený v § 9a ods. 1 bode 1 UWG, nie je potrebné skúmať otázku prípadného porušenia základných slobôd. [98]

128. Za týchto podmienok treba na prvú prejudiciálnu otázku odpovedať tak, že ustanovenia smernice 2005/29 bránia ustanoveniu vnútroštátneho práva, ktoré okrem taxatívne vymenovaných výnimiek zakazuje oznámenie, ponuku alebo poskytovanie bezodplatných výhod k periodickej tlači, rovnako ako oznámenie bezodplatných výhod k iným tovarom alebo službám, bez povinnosti preveriť v každom jednotlivom prípade klamlivú, agresívnu alebo nekalú povahu takejto obchodnej praktiky, a to aj v prípade, ak dotknuté vnútroštátne ustanovenie sleduje nielen cieľ ochrany spotrebiteľov, ale aj iné ciele, ktoré nespadajú do vecnej pôsobnosti vyššie citovanej smernice, ako napríklad zachovanie plurality tlače alebo ochrana slabších účastníkov hospodárskej súťaže.

129. V tejto súvislosti na záver pripomínam, že na rozdiel od toho, čo zdá sa, predpokladá vnútroštátny súd [99], podľa judikatúry Súdneho dvora [100] právo Spoločenstva nevyžaduje v každom prípade, aby vnútroštátne súdy v spore medzi jednotlivcami neuplatnili vnútroštátne právo, ktoré je nezlučiteľné so smernicou.

C — *Druhá prejudiciálna otázka*

130. Druhá prejudiciálna otázka, na základe rozumného výkladu, v podstate smeruje k tomu, aby Súdny dvor určil, či vymedzená obchodná praktika môže byť považovaná za „nekalú“ v zmysle článku 5 ods. 2 smernice 2005/29 za určitých podmienok, ktoré vnútroštátny súd považuje za zjavne splnené. Vnútroštátny súd v rámci svojich vysvetlení jasne vychádza z predpokladu, že „možnosť účasti na hre“ spojená s kúpou novín „predstavuje prinajmenšom pre časť oslovenej verejnosti síce nie jediný, ale určite rozhodujúci motív, ktorý ju viedol ku kúpe novín“. Táto charakteristika je relevantná najmä

98 — Pozri rozsudok VTB-VAB a Galatea, už citovaný v poznámke pod čiarou 4, bod 67.

99 — Pozri bod 2.2 na strane 13 návrhu na začatie prejudiciálneho konania. Vnútroštátny súd sám uvádza, že sa domnieva, že § 9a ods. 1 bod 1 UWG by sa stal „bezpredmetný“, ak by Súdny dvor odpovedal na prvú prejudiciálnu otázku kladne.

100 — Pokiaľ ide o bezprostredný horizontálny účinok smernice, pozri rozsudky Marleasing, už citovaný v poznámke pod čiarou 64, bod 6; Faccini Dori, už citovaný v poznámke pod čiarou 64, bod 24 a nasl.; z 26. septembra 2000, Unilever Italia, C-443/98, Zb. s. I-7535, bod 50. Pokiaľ ide o možnosť podať žalobu o zodpovednosť štátu na základe práva Spoločenstva, ak ustanovenia vnútroštátneho práva môžu byť vykladané spôsobom nezlučiteľným so smernicou, pozri rozsudky z 8. októbra 1996, Dillenkofer a i., C-178/94, C-179/94 a C-188/94 až C-190/94, Zb. s. I-4845; z 24. septembra 1998, EvoBus Austria, C-111/97, Zb. s. I-5411, body 27 a 28, a z 28. októbra 1999, Alcatel Austria a i., C-81/98, Zb. s. I-7671, body 49 a 50.

v súvislosti s otázkou, či v prejednávanom prípade nastalo podstatné narušenie ekonomického správania priemerného spotrebiteľa v zmysle článku 5 ods. 2 písm. b) smernice.

131. Článok 5 ods. 2 písm. b) smernice jasne uvádza, že v prvom rade je dôležitý účinok vymedzenej obchodnej praktiky na správanie priemerného spotrebiteľa, ku ktorému sa dostane alebo ktorému je adresovaná. Toto ustanovenie smernice preto preberá analytickú metódu vypracovanú Súdnym dvorom a upravuje ju tak, že ju adaptuje na situácie, v ktorých sú dotknuté záujmy osobitných skupín. [101] Ak je vymedzená obchodná praktika adresovaná vymedzenej skupine, je dôležité, či táto obchodná praktika podstatne narušuje alebo je spôsobilá podstatne narušiť správanie priemerného člena tejto skupiny. Pri uvedenej analýze sa treba vžiť do situácie tohto priemerného spotrebiteľa a zohľadniť predovšetkým jeho očakávania a pravdepodobné reakcie. [102]

132. Keďže pozvanie na účasť na hre o cenu, uverejnené žalovanou vo veci samej v jej novinách, bolo zjavne publikované vo všeobecných novinách, a nie napríklad v športových novinách, vnútroštátnemu súdu prináleží preskúmať, v akom rozsahu je uvedená ponuka prípadne adresovaná osobitnej skupine čitateľov, a teda uplatniť toto druhé kritérium posúdenia.

133. V každom prípade treba pripomenúť, že obchodnú praktiku možno považovať za nekalú v zmysle článku 5 ods. 2 iba vtedy, ak sú splnené všetky podmienky stanovené v článku 5 ods. 2 písm. a) a b) [103]. Preto je potrebné, aby v prejednávanej veci bola porušená aj požiadavka odbornej starostlivosti. Výraz „odborná starostlivosť“ je definovaný v článku 2 písm. h) smernice ako „úroveň špeciálnej schopnosti a starostlivosti, ktorú možno rozumne očakávať od obchodníka pri jeho konaní voči spotrebiteľom, zodpovedajúca čestnej obchodnej praxi a/alebo všeobecnej zásade dobrej viery uplatňujúcej sa v oblasti obchodníkovej činnosti“. Vnútroštátnemu súdu prináleží povinnosť preskúmať, či v prejednávanej veci došlo k takémuto porušeniu.

134. Na druhú prejudiciálnu otázku preto treba odpovedať tak, že možnosť účasti na hre spojená s kúpou novín nepredstavuje nekalú obchodnú praktiku v zmysle článku 5 ods. 2 smernice 2005/29 výlučne preto, lebo predstavuje prinajmenšom pre časť oslovenej verejnosti síce nie jediný, ale určite rozhodujúci motív, ktorý ju viedol ku kúpe novín.

101 — V tomto zmysle pozri tiež ABBAMONTE, G.: c. d., s. 25, ktorý hovorí o zlepšení tejto analytickej metódy, prispôsobujúc ju situáciám, v ktorých sú dotknuté záujmy osobitných skupín.

102 — ABBAMONTE, G.: c. d., s. 25, uvádza príklady uplatnenia tohto pravidla. Ak je obchodná praktika adresovaná vymedzenej skupine spotrebiteľov, napríklad deťom alebo raketovým technikom, treba sa oprieť o priemerného člena tejto skupiny. V prípade reklamy na hračku v rámci vysielania pre deti treba podľa autora vychádzať z očakávaní a pravdepodobných reakcií priemerného dieťaťa cieľovej skupiny a nezohľadňovať očakávania a reakcie zvlášť nezrelého dieťaťa.

103 — Pozri bod 93 týchto návrhov.

VII — Návrh

135. Vzhľadom na vyššie uvedené úvahy navrhujem, aby Súdny dvor odpovedal na prejudiciálne otázky, ktoré mu položil Oberster Gerichtshof, takto:

1. Ustanovenia smernice Európskeho parlamentu a Rady 2005/29/ES z 11. mája 2005 o nekalých obchodných praktikách podnikateľov voči spotrebiteľom na vnútornom trhu, ktorou sa mení a dopĺňa smernica Rady 84/450/EHS, smernice Európskeho parlamentu a Rady 97/7/ES, 98/27/ES a 2002/65/ES a nariadenie Európskeho parlamentu a Rady (ES) č. 2006/2004 („smernica o nekalých obchodných praktikách"), majú byť vykladané v tom zmysle, že bránia ustanoveniu vnútroštátneho práva, ktoré okrem taxatívne vymenovaných výnimiek zakazuje oznámenie, ponuku alebo poskytovanie bezodplatných výhod k periodickej tlači, rovnako ako oznámenie bezodplatných výhod k iným tovarom alebo službám, bez povinnosti preveriť v každom jednotlivom prípade klamlivú, agresívnu alebo nekalú povahu takejto obchodnej praktiky, a to aj v prípade, ak dotknuté vnútroštátne ustanovenie sleduje nielen cieľ ochrany spotrebiteľov, ale aj iné ciele, ktoré nespadajú do vecnej pôsobnosti vyššie citovanej smernice, ako napríklad zachovanie plurality tlače alebo ochrana slabších účastníkov hospodárskej súťaže.

2. Možnosť účasti na hre o cenu spojená s kúpou novín nie je nekalá obchodná praktika v zmysle článku 5 ods. 2 smernice o nekalých obchodných praktikách výlučne preto, lebo táto možnosť účasti na hre predstavuje prinajmenšom pre časť oslovenej verejnosti síce nie jediný, ale určite rozhodujúci motív, ktorý ju viedol ku kúpe novín.