SKLEPNI PREDLOGI GENERALNE PRAVOBRANILKE VERICE TRSTENJAK, predstavljeni 24. marca 2010[1]

Stvarno kazalo

I – Uvod ..... I - 10913

II – Pravni okvir ..... I - 10914

A – Pravo Skupnosti ..... I - 10914

B – Nacionalno pravo ..... I - 10916

III – Dejansko stanje, postopek v glavni stvari in vprašanji za predhodno odločanje ..... I - 10917

IV – ostopek pred Sodiščem ..... I - 10918

V – Bistvene trditve strank ..... I - 10919

A – Prvo vprašanje za predhodno odločanje ..... I - 10919

B – Drugo vprašanje za predhodno odločanje ..... I - 10921

VI – Pravna presoja ..... I - 10922

A – Uvodne ugotovitve ..... I - 10922

B – Prvo vprašanje za predhodno odločanje ..... I - 10923

1. Pojem „poslovnih praks“ v členu 2(d) Direktive 2005/29 ..... I - 10924

2. Osebno področje uporabe Direktive 2005/29 ..... I - 10924

a) Področje, ki ga zajema Direktiva 2005/29 ..... I - 10925

1 – Jezik izvirnika: nemščina.

b) Varstveni namen prepovedi iz člena 9a(1), točka 1, UWG ..... I - 10928

i) Različna teža posameznih varovanih dobrin ..... I - 10928

ii) Preučitev upoštevnih nacionalnih določb in sodne prakse ..... I - 10930

c) Predlog ..... I - 10932

3. Analiza strukture obeh predpisov ..... I - 10932

a) Določbe Direktive 2005/29 ..... I - 10932

i) Popolna uskladitev nacionalnih pravil kot cilj urejanja ..... I - 10933

ii) Struktura ureditve v Direktivi 2005/29 ..... I - 10934

b) Določbe UWG ..... I - 10935

i) Prikaz strukture ureditve prepovedi v členu 9a(1), točka 1, UWG ..... I - 10936

4. Skladnost ureditve, ki je predmet spora, z Direktivo 2005/29 ..... I - 10937

a) Zapisano nacionalno pravo ..... I - 10937

i) Obratna sistematika ureditve ..... I - 10937

ii) Pomanjkljivost izjem v členu 9a(2) UWG ..... I - 10938

iii) Vmesni predlog ..... I - 10939

b) Možnost razlage v skladu z Direktivo ..... I - 10940

i) Presoja v skladu z merili iz določb Direktive ..... I - 10941

– Člen 5(4) in (5) Direktive 2005/29 ..... I - 10941

– Člen 5(2) Direktive 2005/29 ..... I - 10943

c) Predlog ..... I - 10950

5. Sklepi ..... I - 10953

C – Drugo vprašanje za predhodno odločanje ..... I - 10954

VII – Predlog ..... I - 10956

I – Uvod

1. V obravnavanem postopku predhodnega odločanja na podlagi člena 234 ES [2] avstrijsko Oberster Gerichtshof (Vrhovno sodišče, v nadaljevanju: predložitveno sodišče) postavlja Sodišču dve vprašanji za predhodno odločanje glede razlage Direktive 2005/29/ES o nepoštenih poslovnih praksah na notranjem trgu [3] (v nadaljevanju: Direktiva 2005/29). Pri tem gre v bistvu za vprašanje skladnosti nacionalne ureditve s pravom Skupnosti, v skladu s katerim sta napoved, ponudba ali dajanje brezplačnih dodatkov k periodičnemu tisku ter napoved brezplačnih dodatkov k drugim proizvodom ali storitvam nedopustni, ne da bi bilo treba v vsakem posameznem primeru preveriti, ali je takšna praksa zavajajoča.

2 – Postopek predhodnega odločanja je na podlagi Lizbonske pogodbe, ki spreminja Pogodbo o Evropski uniji in Pogodbo o ustanovitvi Evropske skupnosti, z dne 13. decembra 2007 (UL C 306, str. 1), zdaj urejen s členom 267 Pogodbe o delovanju Evropske unije.

3 – Direktiva Evropskega parlamenta in Sveta 2005/29/ES z dne 11. maja 2005 o nepoštenih poslovnih praksah podjetij v razmerju do potrošnikov na notranjem trgu ter o spremembi Direktive Sveta 84/450/EGS, direktiv Evropskega parlamenta in Sveta 97/7/ES, 98/27/ES in 2002/65/ES ter Uredbe (ES) št. 2006/2004 Evropskega parlamenta in Sveta (Direktiva o nepoštenih poslovnih praksah) (UL L 149, str. 22).

2. Vprašanje za predhodno odločanje je bilo zastavljeno v postopku na podlagi predloga družbe Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG (v nadaljevanju: tožeča stranka v postopku v glavni stvari) za izdajo začasne odredbe, s katero je ta od družbe „Österreich"-Zeitungsverlag GmbH (v nadaljevanju: tožena stranka v postopku v glavni stvari) zaradi v nasprotju s pravili poštene konkurence uporabljenega dodatka v obliki nagradnega razpisa, po nacionalnem pravu načeloma nedopustnega, zahtevala opustitev takega ravnanja.

3. Obravnavana zadeva pomeni po združenih zadevah C-261/07 (VTB-VAB) in C-299/07 (Galatea) [4] ter zadevi C-304/08 (Plus) [5] že tretjega v vrsti predlogov, s katerimi nacionalna sodišča Sodišču zastavljajo vprašanje o skladnosti prepovedi držav članic glede vezanih ponudb z Direktivo 2005/29. Eno izmed glavnih vprašanj, po katerem se obravnavana zadeva razlikuje od dosedanjih in ki ga je zato treba skrbno presoditi s pravnega vidika, je, ali je taka presoja skladnosti mogoča tudi takrat, kadar je domnevni cilj upoštevne nacionalne ureditve varstvo pluralizma medijev in konkurentov.

4 – Sodba z dne 23. aprila 2009 v združenih zadevah VTB-VAB in Galatea (C-261/07 in C-299/07, ZOdl., str. I-2949).

5 – Sodba z dne 14. januarja 2010 v zadevi Plus (C-304/08, ZOdl., str. I-217).

II – Pravni okvir

A – *Pravo Skupnosti*

4. Člen 1 Direktive 2005/29 določa:

„Namen te direktive je prispevati k pravilnemu delovanju notranjega trga in doseči visoko raven varstva potrošnikov s približevanjem zakonov in drugih predpisov držav članic o nepoštenih poslovnih praksah, ki škodijo ekonomskim interesom potrošnikov."

5. Člen 2 Direktive 2005/29 določa:

„V tej direktivi:

[…]

(d) ‚poslovne prakse podjetji v razmerju do potrošnikov' (v nadaljevanju tudi ‚poslovne prakse') pomenijo vsako dejanje, opustitev, ravnanje, razlag[o] ali tržne

komunikacije, vključno z oglaševanjem in trženjem, s strani trgovca, neposredno povezano s promocijo, prodajo ali dobavo izdelka potrošnikom;

[…]“

6. Člen 3(1) Direktive določa:

„Ta direktiva se uporablja za nepoštene poslovne prakse podjetij v razmerju do potrošnikov, kakor je določeno v členu 5, pred, med in po poslovni transakciji v zvezi z nekim izdelkom.“

7. Člen 4 Direktive določa:

„Države članice ne omejujejo niti svobode opravljanja storitev niti prostega pretoka blaga iz razlogov, ki sodijo na področje, ki ga približuje ta direktiva.“

8. Člen 5 Direktive, ki ima naslov „Prepoved nepoštenih poslovnih praks“, določa:

„(1) Nepoštene poslovne prakse so prepovedane.

(2) Poslovna praksa je nepoštena, če:

(a) nasprotuje zahtevam poklicne skrbnosti

in

(b) v zvezi z izdelkom bistveno izkrivlja ali bi lahko izkrivljala ekonomsko obnašanje povprečnega potrošnika, ki ga izdelek doseže ali je nanj usmerjen, ali obnašanje povprečnega člana skupine, če je poslovna praksa usmerjena na določeno skupino potrošnikov.

(3) Poslovne prakse, ki bi lahko povzročile bistveno izkrivljanje ekonomskega obnašanja samo ene od jasno določljivih skupin potrošnikov, ki so zaradi telesne ali duševne hibe, starosti ali lahkovernosti še posebej dovzetni

za določeno poslovno prakso ali za izdelek, na katerega se slednja nanaša, na način, ki ga trgovec lahko razumno predvidi, se ocenijo z vidika povprečnega člana navedene skupine. To ne vpliva na običajno in zakonito oglaševalsko prakso, za katero so značilna pretiravanja ali trditve, ki naj se ne bi razumele dobesedno.

(4) Zlasti so nepoštene tiste poslovne prakse, ki so:

(a) zavajajoče, kakor je določeno v členih 6 in 7,

ali

(b) agresivne, kakor je določeno v členih 8 in 9.

(5) Priloga I vsebuje seznam poslovnih praks, ki se v vseh okoliščinah štejejo za nepoštene. V vseh državah članicah se uporablja isti enotni seznam, ki se lahko spremeni samo s pregledom [spremembo] te direktive."

9. Napoved, ponudba ali dajanje brezplačnih dodatkov k periodičnemu tisku se v Prilogi I k Direktivi ne navaja kot ena izmed poslovnih praks, ki se v vseh okoliščinah štejejo za nepoštene.

B – *Nacionalno pravo*

10. Člen 9a(1) avstrijskega zakona o preprečevanju nelojalne konkurence (UWG)[6] določa:

„Če v gospodarskem prometu za doseganje večje konkurenčnosti:

1. neki subjekt z objavo ali drugimi obvestili, namenjenimi širši javnosti, oglašuje, da potrošnikom poleg proizvodov ali storitev daje brezplačne dodatke (nagrade) ali da potrošnikom poleg periodičnega tiska ponuja, napoveduje ali daje brezplačne dodatke (nagrade), ali

6 – Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb 1984 – UWG, BGBl., št. 448, kakor je bil spremenjen z zakonom z dne 13. novembra 2007, BGBl. I, št. 79/2007.

2. podjetjem poleg proizvodov ali storitev ponuja, napoveduje ali daje brezplačne dodatke (nagrade),

se od tega subjekta lahko zahteva opustitev takega ravnanja in nadomestilo škode. To velja, tudi če se brezplačnost dodatka poskuša prikriti s skupnimi cenami za proizvode ali storitve, z navideznimi cenami za dodatek ali kako drugače."

III – Dejansko stanje, postopek v glavni stvari in vprašanji za predhodno odločanje

11. Po navedbah predložitvenega sodišča je treba odločiti o sporu med dvema konkurentoma na avstrijskem trgu dnevnih časopisov, ki izvira iz tega, da je tožena stranka v postopku v glavni stvari v svojem časopisu napovedala glasovanje za „nogometaša leta". V krepko natisnjenem uvodniku nekega članka je bilo navedeno: „Sodelovanje se splača: zadenite večerjo z zmagovalcem velikega izbora nogometašev." Levo od članka je bil „glasovalni kupon" z napisom „Izrežite in pošljite". Na desni strani je bila omenjena možnost glasovanja prek spleta. V naslednjih devetih dneh so bili objavljeni podobni članki.

12. Prvostopenjsko sodišče je na predlog tožeče stranke odločilo, da napoved pomeni nedovoljen dodatek v smislu člena 9a(1), točka 1, UWG, z začasno odredbo pa je ugodilo njeni zahtevi po opustitvi napovedi. V nasprotju s tem je pritožbeno sodišče odločilo, da napoved nima nobenih upoštevnih učinkov na trg, vendar se je tožeča stranka zoper to odločitev obrnila na predložitveno sodišče s predlogom, naj obnovi začasno odredbo, ki jo je izdalo prvostopenjsko sodišče. Po predhodni oceni predložitvenega sodišča bi bilo treba na podlagi uporabe člena 9a(1), točka 1, UWG ugoditi predlogu tožeče stranke. Vendar to sodišče izraža dvom, ali Direktiva nasprotuje uporabi člena 9a(1), točka 1, UWG, kar naj bi bilo odvisno od razlage področja uporabe Direktive.

13. Oberster Gerichtshof je zato prekinilo odločanje in Sodišču v predhodno odločanje predložilo ti vprašanji:

„1. Ali člena 3(1) in 5(5) Direktive 2005/29/ES ali druge določbe te direktive nasprotujejo nacionalni ureditvi, v skladu

s katero napoved, ponudba ali dajanje brezplačnih dodatkov k periodičnemu tisku ter napoved brezplačnih dodatkov k drugim proizvodom ali storitvam, ne glede na taksativno naštete izjeme, niso dopustni, ne da bi bilo treba v vsakem posameznem primeru preveriti, ali je takšna praksa zavajajoča, agresivna ali drugače nepoštena, čeprav se ta ureditev ne uporablja le za varstvo potrošnikov, ampak tudi za druge namene, ki ne spadajo na stvarno področje uporabe Direktive, na primer za ohranjanje pluralizma medijev ali varstvo šibkejših konkurentov?

2. Če je odgovor na prvo vprašanje pritrdilen: ali gre pri z nakupom časopisa povezani možnosti sodelovanja v nagradni igri že samo zato za nepošteno poslovno prakso v smislu člena 5(2) Direktive 2005/29/ES, ker je ta možnost sodelovanja vsaj za del zadevne javnosti, če ne edini, pa zagotovo odločilni razlog za nakup časopisa?“

IV – Postopek pred Sodiščem

14. Predložitveni sklep z dne 18. novembra 2008 je v sodno tajništvo Sodišča prispel 4. decembra 2008.

15. Stranki v postopku v glavni stvari, vladi Republike Avstrije in Kraljevine Belgije ter Komisija so v roku, določenem v členu 23 Statuta Sodišča, predložile pisna stališča.

16. Na obravnavi 19. januarja 2010 so zastopniki strank v postopku v glavni stvari, zastopniki vlad Republike Avstrije in Zvezne republike Nemčije ter zastopnik Komisije podali ustne navedbe.

V – Bistvene trditve strank

A – *Prvo vprašanje za predhodno odločanje*

17. S prvim vprašanjem želi predložitveno sodišče v bistvu izvedeti, ali neka določba države članice, ki načeloma prepoveduje prodajo proizvodov z uporabo dodatkov, spada na področje uporabe Direktive 2005/29, čeprav namen te določbe ni izključno varstvo potrošnikov.

18. *Tožeča stranka v postopku v glavni stvari* ter *avstrijska* in *belgijska vlada* Sodišču predlagajo, naj na to vprašanje odgovori nikalno.

19. V zvezi s tem po eni strani opozarjajo, da je pospeševanje prodaje predmet upoštevnega predloga za uredbo, s katerim naj bi se pravno obravnavanje takih ukrepov pospeševanja prodaje jasno razlikovalo od obravnavanja tistih nepoštenih poslovnih praks, ki jih zdaj ureja Direktiva 2005/29. Kljub temu je Komisija ta predlog leta 2006 umaknila, in sicer eno leto po sprejetju Direktive. Zato naj ne bi bilo mogoče trditi, da pospeševanje prodaje implicitno spada na področje uporabe Direktive. Poleg tega Direktive zaradi dejstva, da je njen namen, kot je razvidno iz uvodne izjave 6, neposredno varstvo ekonomskih interesov potrošnikov, ni mogoče uporabiti za pravila držav članic, kot so tista v postopku v glavni stvari, ki so bila prednostno usmerjena v druge cilje, namreč varstvo konkurentov in ohranjanje pluralizma medijev, le posredno pa tudi v varstvo potrošnikov.

20. *Tožeča stranka v postopku v glavni stvari* in *avstrijska vlada* preventivno pojasnjujeta, da naj bi bila prepoved prodaje z uporabo dodatkov, določena v členu 9a(1), točka 1, UWG, vsekakor skladna z Direktivo.

21. Direktiva 2005/29 naj bi namreč državam članicam dopuščala, da v skladu s členom 5(2) kot nepoštene opredelijo in zato prepovejo tiste poslovne prakse, ki nasprotujejo zahtevam poklicne skrbnosti in bi lahko bistveno izkrivljale ekonomsko obnašanje povprečnega potrošnika. Sporno prepoved države članice pa naj bi bilo mogoče uporabiti le, če nacionalno sodišče ugotovi, da je potrošnik kupil časopis iz subjektivnih razlogov, povezanih z možnostjo koriščenja dodatnih prednosti, zato naj take prednosti ne bi

spadale med izjeme, navedene v členu 9a(2) UWG. Nacionalna sodišča v posameznem primeru opravijo tudi ustrezno presojo.

22. Po mnenju *tožeče stranke v postopku v glavni stvari* se avstrijska ureditev glede tega bistveno razlikuje od ureditev, ki so predmet združenih zadev C-261/07 (VTB-VAB) in C-299/07 (Galatea) ter zadeve C-304/08 (Plus), saj te vsebujejo splošne prepovedi, zaradi česar naj ne bi upoštevale posebnih okoliščin v konkretnem primeru.

23. V nasprotju s tem *tožena stranka v postopku v glavni stvari* trdi, da naj bi bile v skladu z uvodno izjavo 6 s področja uporabe Direktive 2005/29 izvzete le tiste nacionalne zakonodaje, ki škodujejo „samo“ ekonomskim interesom konkurentov ali zadevajo poslovanje med trgovci. To pa nedvomno ne velja za sporno ureditev, saj je prednostni in neposredni namen člena 9a(1), točka 1, UWG varstvo potrošnikov.

24. Dalje zastopa stališče, da naj tam predvidena prepoved ne bi bila skladna z regulativnim pristopom Direktive, kajti čeprav pospeševanje prodaje z dodatki ni navedeno na seznamu tistih poslovnih praks iz Priloge I k Direktivi 2005/29, ki se v vseh okoliščinah štejejo za nepoštene, se zanj uporablja splošna prepoved po avstrijskem pravu, kot je Oberster Gerichtshof ugotovilo v predložitvenem sklepu.

25. *Nemška vlada* se je na obravnavi sklicevala na zadevo C-304/08 (Plus) in opozorila, da ne glede na z Direktivo 2005/29 nameravano popolno uskladitev svoboda držav članic pri prenosu ostaja nedotaknjena. To naj bi veljalo prav v zvezi s prenosom pojmov, ki jih je treba določiti, v nacionalno pravo, kakor so ti pojmi zajeti v pravnih opredelitvah Direktive 2005/29. Nemška vlada je poleg tega zastopala stališče, da Direktiva 2005/29 ne nasprotuje nacionalni ureditvi, če ima ta drugačen namen kot Direktiva.

26. V primerjavi s tem pa *Komisija* zastopa lastno pravno stališče, s tem da po eni strani pojasnjuje, da Direktiva 2005/29 nasprotuje splošni in abstraktni prepovedi, kot je prepoved, vsebovana v spornem predpisu, po drugi strani pa ugotavlja, da ta predpis ne spada na področje uporabe Direktive, saj je prednostno usmerjen v druge cilje, in sicer v ohranjanje

pluralizma medijev, le podredno pa tudi v varstvo potrošnikov in razvoj poštenih poslovnih praks.

29. *Tožeča stranka v postopku v glavni stvari* se omeji na ugotovitev, da sporno ravnanje tožene stranke v postopku v glavni stvari pomeni nepošteno poslovno prakso, vendar ne poda nobenih opornih točk za to ugotovitev.

B – *Drugo vprašanje za predhodno odločanje*

30. Po mnenju *Komisije* iz same okoliščine, da je možnost sodelovanja v nagradni igri odločilni razlog potrošnika za nakup časopisa, ni mogoče sklepati na nepošteno poslovno prakso v smislu Direktive 2005/29, temveč ta okoliščina pomeni le enega izmed elementov, ki jih nacionalno sodišče lahko upošteva v okviru posamične presoje.

27. Če bi Sodišče pritrdilno odgovorilo na prvo vprašanje za predhodno odločanje, predložitveno sodišče sprašuje, ali se prodaja z uporabo dodatkov že samo zato šteje za nepošteno poslovno prakso v smislu člena 5(2) Direktive 2005/29, ker je ta možnost sodelovanja vsaj za del zadevne javnosti, če ne edini, pa zagotovo odločilni razlog za nakup glavnega proizvoda.

31. *Tožena stranka v postopku v glavni stvari* pa poudarja, da se pojem poslovne prakse nanaša na povprečnega potrošnika, ki je v sodni praksi Sodišča opredeljen kot „povprečen potrošnik, ki je običajno obveščen ter razumno pozoren in preudaren“. Tako opredeljeni potrošnik naj bi se zavedal dejstva, da je cilj oglaševanja in pospeševanja prodaje v odprtem tržnem gospodarstvu pridobitev kupcev, in sicer ne samo na podlagi cene in kakovosti posameznega proizvoda, temveč tudi na podlagi obetov glede dodatnih prednosti. Temu ustrezno bi prodaja z uporabo dodatkov le izjemoma pomenila nepošteno poslovno prakso, in sicer takrat, kadar bi bila ponudba sestavljena tako, da bi lahko vplivala na potrošnika, ki zato glavnega proizvoda ne bi kupil iz objektivnih razlogov, temveč le zaradi obetov glede dodatnih prednosti.

28. Ker sta *avstrijska* in *belgijska vlada* nikalno odgovorili na prvo vprašanje za predhodno odločanje, se vladi glede drugega vprašanja za predhodno odločanje ne opredelita, medtem ko *tožeča stranka v postopku v glavni stvari* in *Komisija* preventivno podajata svoje navedbe v zvezi s tem.

VI – Pravna presoja

A – *Uvodne ugotovitve*

32. Obravnavana zadeva pomeni že tretjega v vrsti predlogov, s katerimi nacionalna sodišča sprašujejo Sodišče o tem, koliko je prepovedi držav članic glede vezanih ponudb še mogoče šteti za skladne s pravom Skupnosti na sedanji stopnji razvoja. Pomen tega vprašanja nenazadnje izhaja iz dejstva, da je cilj Direktive 2005/29, ki sta jo Evropski parlament in Svet sprejela 11. maja 2005, vzpostavitev enotnega pravnega okvira za urejanje nepoštenih poslovnih praks v razmerju do potrošnikov.

33. Zaradi takega namena popolne uskladitve pravil za nepoštene poslovne prakse med podjetji in potrošniki [7] v državah članicah Skupnosti se skladnost s pravom Skupnosti ne presoja le pri tistih določbah, ki so jih države članice na novo sprejele z namenom prenosa upoštevne direktive, temveč tudi in zlasti pri tistih določbah, ki so – kot v primeru sporne določbe v členu 9a(1) UWG – sicer veljale že pred sprejetjem Direktive, a imajo z vidika posamezne države članice vendarle pripada funkcija prenosa.

34. Glede na ozek manevrski prostor, ki ga cilj popolne uskladitve praviloma priznava državam članicam pri prenosu upoštevne direktive, se izkaže, da ohranjanje takih starejših določb s pravnega vidika ni vedno neproblematično. Kajti čeprav te določbe končno spadajo na področje uporabe konkretne direktive, pogosto ne ustrezajo njenim določbam. Tako je bilo, kot so pokazale združeni zadevi VTB-VAB in Galatea ter zadeva Plus, pri prenosu Direktive 2005/29 v Belgiji [8] in Nemčiji [9].

7 – Glej sodbi VTB-VAB in Galatea (navedena v opombi 4, točka 52) in Plus (navedena v opombi 5, točka 41).
Ob morebitnem nadaljnjem usklajevanju poštenih poslovnih praks v okviru konkurenčnega prava in nadaljnjem usklajevanju pogodbenega prava v Evropski uniji bi bilo treba ustrezno upoštevati tudi določbe „Draft Common Frame of Reference“ (DCFR), saj je eden izmed poudarkov, ki jih vsebuje, prav varstvo potrošnikov; upoštevali bi jih lahko tako, da se trgovcu v razmerju do potrošnikov naložijo posebne obveznosti obveščanja v zvezi z glavnimi značilnostmi kupljenih proizvodov in storitev (glej na primer II.-3:102 DCFR). Te „dobre poslovne prakse“ so nekako v nasprotju s „prepovedanimi poslovnimi praksami“, navedenimi v Prilogi I k Direktivi 2005/29.

8 – Pri spornih določbah je šlo za člen 54 in naslednje člene belgijskega zakona z dne 14. julija 1991 o poslovnih praksah, obveščanju in varstvu potrošnikov (uradni nemški prevod: *Belgisches Staatsblatt* z dne 19. januarja 1994).

9 – Pri tem je šlo za člena 3 in 4, točka 6, nemškega zakona o preprečevanju nelojalne konkurence (UWG) (BGBl. I, str. 1414), ki je bil nazadnje spremenjen s členom 1 Erstes Änderungsgesetz (prvi zakon o spremembi) z dne 22. decembra 2008 (BGBl. I, str. 2949).

35. Direktiva 2005/29 je, kot določa njen člen 20, začela veljati že dan po objavi v *Uradnem listu Evropske unije*, to je 12. junija 2005. V skladu z njenim členom 19, prvi odstavek, so bile države članice zavezane sprejeti zakone in druge predpise, potrebne za prenos te direktive v nacionalno pravo, do 12. junija 2007, za nekatere strožje nacionalne ureditve pa je predvideno šestletno prehodno obdobje. Vendar je bilo treba te pravne in druge predpise uporabljati šele od 12. decembra 2007.

36. Republika Avstrija je obveznost prenosa formalno izpolnila s sprejetjem zveznega zakona, s katerim se spremeni zvezni zakon o preprečevanju nelojalne konkurence iz leta 1984 (UWG) (sprememba zakona UWG iz leta 2007) in ki je začel veljati 12. decembra 2007. [10] Vendar sporna določba v členu 9a(1), točka 1, UWG, kot je bilo že nakazano, ni bila sprejeta pri prenosu Direktive 2005/29, temveč izhaja iz prejšnje nacionalne zakonodaje. [11] Predložitveno sodišče v predložitvenem sklepu izraža pomisleke v zvezi s skladnostjo te določbe s pravom Skupnosti. [12]

10 – BGBl. I, št. 79/2007.

11 – Prepoved dodatkov, določena v členu 9a UWG, ki je bila najprej urejena z zakonom o nagradah z dne 20. junija 1929 (BGBl. 227) in kasneje z zakonom o dodatkih iz leta 1934, je bila z zakonom o deregulaciji konkurence iz leta 1992 (BGBl. 1992/147) vključena v UWG. V zvezi z zgodovino nastajanja te določbe glej Duursma, D., v: *UWG – Kommentar* (ur. Gumpoldsberger, M., P. Baumann), Dunaj 2006, člen 9a, točka 1, str. 276, in Wiltschek, L., *UWG – Kommentar*, 2. izd., Dunaj 2007, člen 9a, str. 44.

12 – Glej zlasti strani 9 in 10 predložitvenega sklepa.

B – *Prvo vprašanje za predhodno odločanje*

37. Najprej je treba spomniti, da Sodišče v postopku na podlagi člena 234 ES nima pristojnosti za odločanje o skladnosti nacionalnega ukrepa s pravom Skupnosti. Vendar pa lahko predložitvenemu sodišču da vse napotke za razlago prava Skupnosti ter mu omogoči, da v zadevi, v kateri odloča, presodi o skladnosti. [13]

38. Cilj prvega predloženega vprašanja je presoja, ali Direktiva 2005/29 nasprotuje določbi nacionalnega prava, kot je člen 9a(1), točka 1, UWG. S tem namenom je treba preizkusiti, ali ta določba glede na predmet urejanja spada na stvarno in osebno področje uporabe Direktive 2005/29. V naslednjem koraku je treba ugotoviti, ali je treba Direktivo 2005/29 razlagati tako, da vključuje tudi pravne posledice, ki jih avstrijsko pravo predvideva za kršitev te določbe.

13 – Glej zlasti sodbe z dne 15. julija 1964 v zadevi Costa, 6/64, Recueil, str. 1251 in 1268; z dne 29. novembra 2001 v zadevi De Coster, C-17/00, Recueil, str. I-9445, točka 23, in z dne 16. januarja 2003 v zadevi Pansard in drugi, C-265/01, Recueil, str. I-683, točka 18.

1. Pojem „poslovnih praks“ v členu 2(d) Direktive 2005/29

39. Glede na navedbe predložitvenega sodišča člen 9a(1), točka 1, UWG podjetjem prepoveduje, da bi v razmerju do potrošnikov oznanjali brezplačne dodatke k proizvodom ali storitvam. Zato je treba izhajati iz obstoja prepovedi vezanih ponudb.

40. Poleg tega bi ta prepoved morala zajemati poslovne prakse v smislu člena 2(d) Direktive 2005/29. V tej določbi je pojem poslovnih praks opredeljen z zelo široko formulacijo [14] in pomeni „vsako dejanje, opustitev, ravnanje, razlago ali tržne komunikacije, vključno z oglaševanjem in trženjem, s strani trgovca, neposredno povezano s promocijo, prodajo ali dobavo izdelka potrošnikom“.

41. Kot sem izčrpno pojasnila v sklepnih predlogih v združenih zadevah C-261/07 (VTB-VAB) in C-299/07 (Galatea) [15] in kot je Sodišče s sodbo tudi potrdilo [16], so vezane ponudbe poslovna ravnanja, ki so brez dvoma del poslovne strategije gospodarskega subjekta in so neposredno povezana s spodbujanjem in pospeševanjem njegove prodaje. Zato ustrezajo pojmu poslovnih praks iz člena 2(d) Direktive 2005/29, tako da prepoved vezave, določena v členu 9a(1), točka 1, UWG, spada na stvarno področje njene uporabe. [17]

2. Osebno področje uporabe Direktive 2005/29

42. Odgovor na vprašanje, ali sporna nacionalna ureditev iz člena 9a(1), točka 1, UWG spada na osebno področje uporabe Direktive, je odvisen od tega, ali je ta ureditev, tako kot Direktiva, namenjena varstvu potrošnikov.

14 – Glej sodbi VTB-VAB in Galatea (navedena v opombi 4, točka 49) in Plus (navedena v opombi 4, točki 36 in 39). Glej Keirsbilck, B., „Towards a Single Regulatory Framework of Unfair Commercial Practices?“, v: *European Business Law Review*, št. 4/2009, str. 505. Avtor meni, da je za Direktivo 2005/29 značilno zelo široko področje uporabe.

15 – Glej moje sklepne predloge, predstavljene 21. oktobra 2008, v združenih zadevah VTB-VAB in Galatea (sodba, navedena v opombi 4, točke od 68 do 70).

16 – Sodba VTB-VAB in Galatea (navedena v opombi 4, točki 48 in 50). V zvezi s promocijsko kampanjo, ki brezplačno sodelovanje v loterijskem žrebanju pogojuje z nakupom določene količine blaga ali uporabo storitve, glej sodbo Plus (navedena v opombi 4, točka 37).

17 – V tem smislu tudi Heidinger, R., „Zugabenverbot, quo vadis?“, v: *Medien und Recht*, št. 1/2009, str. 45, ki meni, da gre za navezovanje na področje uporabe Direktive 2005/29, saj je treba prepoved dodatkov, določeno v členu 9a UWG, opredeliti kot ureditev nepoštenih poslovnih praks v razmerju do potrošnikov.

a) Področje, ki ga zajema Direktiva 2005/29

43. Direktiva namreč načeloma ureja le področje B2C (business to consumer), torej razmerje med podjetji in potrošniki. To v bistvu izhaja iz člena 3(1), v skladu s katerim se ta direktiva uporablja za nepoštene poslovne prakse *podjetij v razmerju do potrošnikov* pred, med in po poslovni transakciji v zvezi z nekim izdelkom. To posebej poudarja uvodna izjava 8, po kateri Direktiva pred nepoštenimi poslovnimi praksami podjetij v razmerju do potrošnikov ščiti *neposredno le ekonomske interese potrošnikov*. [18]

44. Vendar menim, da je teza, da Direktiva zato obravnava varstvo ekonomskih interesov konkurentov, ki poslujejo zakonito, kot manj pomembno, napačna. [19] Na to sem nazadnje opozorila v sklepnih predlogih, predstavljenih 3. septembra 2009, v zadevi C-304/08 (Plus) v zvezi z navedbami avstrijske vlade o tem vprašanju. [20] Kakor je namreč brez dvoma mogoče razbrati iz uvodne izjave 8, Direktiva ščiti *posredno tudi podjetja, ki poslujejo zakonito, pred njihovimi konkurenti*, ki ne upoštevajo njenih pravil. Normativni izraz tega je člen 11(1) Direktive, iz katerega izhaja zaveza držav članic, da ob ravnanju, ki ni v skladu z Direktivo, priznajo procesno upravičenje tudi konkurentom, tako da se tem omogoči začetek postopka proti nepoštenim poslovnim praksam pred sodiščem.

45. Osrednjega pomena je trditev v uvodni izjavi 6, v skladu s katero Direktiva 2005/29 približuje zakonodaje držav članic o nepoštenih

18 – Tako tudi Hoeren, T., „Das neue UWG – der Regierungsentwurf im Überblick“, v: *Betriebs-Berater*, 2008, str. 1183; Stuyck, J., „The Unfair Commercial Practices Directive and its Consequences for the Regulation of Sales Promotion and the Law of Unfair Competition“, v: *The Regulation of Unfair Commercial Practices under EC Directive 2005/29 – New Rules and New Techniques*, Norfolk 2007, str. 166.

19 – V tem smislu tudi Koppensteiner, H.-G., „Grundfragen des UWG im Lichte der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken“, v: *Wirtschaftsrechtliche Blätter*, 2006, zv. 12, str. 558, ki meni, da bi bilo napačno, če bi Direktivi 2005/29 odrekali kakršen koli pomen glede razmerja med podjetji. Avtor opira svojo utemeljitev na uvodni izjavi 6 in 8, iz katerih izhaja, da naj bi Direktiva posredno ščitila ekonomske interese konkurentov, ki poslujejo zakonito, ter na člen 11(1) Direktive, v skladu s katerim naj bi bile države članice ob ravnanju, ki ni v skladu z Direktivo, zavezane priznati procesno upravičenje tudi konkurentom; isti avtor, „Das UWG nach der Novelle 2007“, v: *Die Europäisierung des Kartell- und Lauterkeitsrechts*, Tübingen 2009, str. 86, opomba 8, opozarja, da naj bi bili z Direktivo 2005/29 posredno zaščiteni tudi konkurenti.

20 – Glej točki 35 in 64 mojih sklepnih predlogov, predstavljenih 3. septembra 2009, v zadevi C-304/08 (zgoraj navedena sodba Plus).

poslovnih praksah, ki *neposredno* škodujejo ekonomskim interesom potrošnikov in tako *posredno* ekonomskim interesom konkurentov, ki poslujejo zakonito. Direktiva torej upošteva dejstvo, da ni vedno mogoče jasno razmejiti interesov potrošnikov in konkurentov, saj se zelo pogosto prepletajo.[21] Številne poslovne prakse podjetij vplivajo na interese potrošnikov in konkurentov. Zakonodajalec Skupnosti je ob priznavanju te tesne povezave sklenil upoštevati interese varstva potrošnikov z ureditvijo, ki dejansko zadeva politiko konkurence, kakršna je ureditev v Direktivi 2005/29.[22] Med usmeritvijo Direktive, ki zadeva politiko konkurence, na pogoje za delovanje notranjega trga in normativno usmeritvijo, ki zadeva varstveni namen, na tipične interese evropskega potrošnika ni mogoče zaznati metodičnega nasprotja.[23]

21 – Marsland, V., „Unfair Commercial Practices: Stamping out Misleading Packaging", v: *The Regulation of Unfair Commercial Practices under EC Directive 2005/29 – New Rules and New Techniques*, Norfolk 2007, str. 194, pravilno opozarja, da naj bi se z Direktivo 2005/29 ne glede na njeno naravnanost na varstvo potrošnikov upoštevala okoliščina, da se interesi potrošnikov in konkurentov v zvezi z nepoštenimi poslovnimi praksami ujemajo ter da je skupni interes potrošnikov in konkurentov, da vsa podjetja upoštevajo zadevna pravila. Büllesbach, E., *Auslegung der irreführenden Geschäftspraktiken des Anhangs I der Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken*, München 2008, str. 16, opozarja, da številne poslovne prakse podjetij vplivajo na interese potrošnikov in konkurentov. Za konkurenčnopravno presojo poslovnega ravnanja, ki naj bi dala primerne rezultate, se zato zahteva večdimenzionalni pristop, ki enotno upošteva interese vseh udeleženih. Da sta varstvo konkurentov in varstvo potrošnikov praviloma „dve plati iste medalje", je razvidno iz primera zavajajočega oglaševanja, ki ne zadeva le ekonomskih interesov potrošnikov, temveč tudi ekonomske interese konkurentov, če se s tem ovirajo njihove poslovne priložnosti. Enako naj bi veljalo za obrekovanje, ki po eni strani škodi osebi, ki je bila neupravičeno kritizirana, po drugi strani pa izkrivlja podlago za odločitev napačno obveščenega potrošnika. Bargelli, E., „L'àmbito di applicazione della direttiva 2005/29/CE: La nozione di pratica commerciale", v: *Le pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori*, Torino 2007, str. 80, opozarja na težavnost razmejitve interesov potrošnikov in konkurentov. Kot meni Schuhmacher, W., „The Unfair Commercial Practices Directive", v: *Law Against Unfair Competition – Towards a New Paradigm in Europe* (ur. Hilty, R. M., F. Henning-Bodewig), Berlin, Heidelberg 2007, str. 132, je iz Direktive 2005/29 jasno razvidno, da v konkurenčnem pravu obstajajo primeri, v katerih ni mogoče razmejiti varstva konkurentov in varstva potrošnikov.

22 – Gamerith, H., „Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken: bisherige rechtspolitische Überlegungen zu einer Neugestaltung des österreichischen UWG", v: *Lauterkeitsrecht im Umbruch*, 2005, str. 157, zastopa celo stališče, da Direktiva 2005/29 na področju uporabe v bistvu ne razmejuje interesov potrošnikov in konkurentov, temveč vsebuje „nepopoln sistem B2B + B2C", kar govori v prid prenosu Direktive v avstrijski UWG.

23 – V tem smislu tudi Kessler, J., „Lauterkeitsschutz und Wettbewerbsordnung – Zur Umsetzung der Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken in Deutschland und Österreich", v: *Wettbewerb in Recht und Praxis*, 2007, zv. 7, str. 716. Glej tudi Falce, V., G. Ghidini, „The New Regime on Unfair Commercial Practices at the Intersection of Consumer Protection", v: *Competition Law and Unfair Competition, Antitrust between EC Law and National Law*, 2009, str. 374; avtorja pojasnjujeta, da naj bi zakonodajalec Skupnosti pri Direktivi 2005/29 izhajal iz tega, da samo svobodna konkurenca na notranjem trgu lahko zagotovi svobodo odločanja potrošnika.

Zato lahko v členu 11(1) Direktive predpisano priznanje procesnega upravičenja, ki zadevne konkurente pooblašča za vložitev opustitvenih tožb zoper tiste konkurente, ki poslujejo nepošteno, vsekakor koristi varstvu potrošnikov. [24]

V uvodni izjavi 8 je namreč navedeno, da se razume, da obstajajo druge poslovne prakse, ki lahko škodijo konkurentom in strankam podjetij, čeprav ne škodijo potrošnikom.

46. Ne glede na to Direktiva za boljšo razmejitev področja uporabe jasno razlikuje med poslovnimi praksami, ki škodijo potrošnikom in konkurentom, na eni strani in tistimi, ki lahko škodijo interesom le ene izmed omenjenih kategorij oseb, na drugi strani.

47. Ta drugi primer, kot je Sodišče ugotovilo v sodbi Plus, ne spada na področje uporabe Direktive, [25] saj – kot je razvidno iz uvodne izjave 6 – ne zajema niti ne vpliva na nacionalno zakonodajo v zvezi z nepoštenimi poslovnimi praksami, ki škodujejo *samo* ekonomskim interesom konkurentov ali zadevajo poslovanje med trgovci. Beseda „samo“ s semantičnega vidika, kot izhaja tudi iz primerjave nekaterih jezikovnih različic Direktive 2005/29, [26] praviloma vsebuje pomen izključnosti. V skladu

24 – Tako tudi Gamerith, H., *op. cit.*. (opomba 21), str. 157, ki meni, da opustitvene tožbe zadevnih konkurentov zoper tiste konkurente, ki poslujejo nepošteno, povečujejo varstvo potrošnikov, če gre za take prepovedi, ki so naravnane proti vsakemu nelojalnemu vplivanju na svobodo odločanja potrošnika na podlagi prevare, škodljivega presenečenja, zavajanja, izvajanja pritiska itd.

25 – Glej sodbo Plus (navedena v opombi 4, točka 39). Glej Micklitz, H.-W., „Full Harmonization of Unfair Commercial Practices Under Directive 2005/29“, v: *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, 2009, zv. 4, str. 373; avtor meni, da se Direktiva 2009/25 uporablja za razmerja B2B, če sta izpolnjena pogoja, da sporna poslovna praksa neposredno zadeva interese potrošnikov, posredno pa interese konkurentov. Avtor tudi izraža skrb, da bi ta omejitev področja uporabe Direktive lahko uvedla nove obrambne strategije. Zato bi podjetja morda poskušala zagovarjati stališče, da njihove poslovne prakse zadevajo le razmerja B2B.

26 – Nemščina: „lediglich“; danščina: „udelukkende“; angleščina: „only“; francoščina: „uniquement“; italijanščina: „unicamente“; nizozemščina: „alleen“; portugalščina: „apenas“; slovenščina: „samo“; španščina: „sólo“.

s tem je v uvodni izjavi 6 tudi navedeno, da bodo države članice lahko, če bodo tako želele, v skladu z zakonodajo Skupnosti še naprej urejale takšne prakse, pri čemer bodo v celoti upoštevale načelo sorazmernosti.

cilj, ki naj bi presegal z Direktivo zastavljeno varstvo potrošnikov.

b) Varstveni namen prepovedi iz člena 9a(1), točka 1, UWG

49. Cilj prepovedi naj bi bil namreč poleg varstva potrošnikov tudi ohranjanje učinkovite konkurence in varstvo pluralizma medijev. S preprečevanjem pretiranega medsebojnega tekmovanja konkurentov z dodatnimi pomožnimi storitvami naj bi bili zaščiteni predvsem tisti konkurenti, ki zaradi manjših gospodarskih sredstev niso sposobni pospeševati prodaje svojih proizvodov z uporabo brezplačnih dodatkov. Ta zaščita naj bi bila zaradi pomena medijev, ki ga imajo ti pri ustvarjanju javnega mnenja v demokratični družbi, upravičena. To je avstrijska vlada navedla že v zadevi C-368/95 [29], v kateri je šlo za vprašanje združljivosti te prepovedi s prostim pretokom blaga, Sodišče pa tudi ni dvomilo, da gre za legitimen zakonodajni namen, ki načeloma upravičuje omejitev te temeljne svoboščine.

i) Različna teža posameznih varovanih dobrin

48. Postavlja se torej vprašanje, ali gre pri sporni prepovedi vezanih ponudb iz člena 9a(1), točka 1, UWG za tak nacionalni predpis, ki prepoveduje tiste poslovne prakse, ki škodujejo *samo* ekonomskim interesom konkurentov. V zvezi s tem predložitveno sodišče [27] in avstrijska vlada [28] opozarjata, da ima sporna prepoved vezanih ponudb iz člena 9a(1), točka 1, UWG dodaten zakonodajni

50. Vendar je treba ugotoviti, da se presoje glede teže posameznih varovanih dobrin iz UWG v podrobnostih razhajajo.

27 – Glej strani od 10 do 12 predložitvenega sklepa.

28 – Glej strani 4 in 5 vloge avstrijske vlade.

29 – Sodba z dne 26. junija 1997 v zadevi Vereinigte Familiapress Zeitungsverlags- und vertriebs GmbH proti Heinrich Bauer Verlag, C-368/95, Recueil, str. I-3689.

51. Z vidika predložitvenega sodišča namen člena 9a(1), točka 1, UWG, skladno z domnevno presojo avstrijskega zakonodajalca, ni predvsem varstvo potrošnikov, temveč „vsaj enakovredno“ tudi varstvo konkurentov in ohranjanje učinkovite konkurence. [30] Temu spet izrecno nasprotuje avstrijska vlada, ki trdi, da naj bi bil „primarni“ cilj prepovedi vezave ohranjanje učinkovite konkurence v medijskem sektorju, [31] čeprav ni predložila prepričljivih dokazov za to pravno stališče, zlasti ker v svojih izvajanjih v zvezi z vezavo revije na nagradno igro v postopku v glavni stvari ponovno opozarja na nevarnost nedopustnega vplivanja na potrošnika z izkoriščanjem njegove želje do igre. [32] Menim, da skoraj ni dvomov o tem, da je ozadje skrbi, ki jo avstrijska vlada s tem izraža, povezano predvsem z varstvom potrošnikov.

52. Glede teh nasprotujočih si trditev v zvezi z razlago nacionalnega prava ugotavljam naslednje.

53. Po eni strani je treba spomniti, da postopek na podlagi člena 234 ES temelji na sodelovanju med Sodiščem in nacionalnimi sodišči, pri čemer ni v pristojnosti Sodišča, da glede razlage nacionalnih predpisov razsoja in odloča o tem, ali jih predložitveno sodišče razlaga pravilno. [33] Sodišče mora namreč pri porazdelitvi pristojnosti med sodišči Skupnosti in sodišči držav članic glede dejanskega in pravnega okvira, znotraj katerega so postavljena vprašanja za predhodno odločanje, s procesnopravnega vidika načeloma izhajati iz ugotovitev predložitvenega sodišča. [34]

54. Po drugi strani se ta različna presoja z vidika materialnega prava končno izkaže za nepomembno, saj sploh ni sporno, da cilj ureditve v členu 9a(1), točka 1, UWG ni prepovedati nepoštene poslovne prakse, ki v smislu uvodne izjave 6 Direktive škodujejo *samo* ekonomskim interesom konkurentov ali zadevajo poslovanje med trgovci. Nasprotno, obstaja enotno stališče glede tega, da je namen ureditve v členu 9a(1), točka 1, UWG prepovedati

30 – Glej strani od 10 do 12 predložitvenega sklepa.

31 – Glej točko 11 (vloga avstrijske vlade, str. 4).

32 – Glede tega je utemeljitev podobna kot pri izvajanju nemške vlade v zadevi Plus, C-304/08, v kateri je šlo za skladnost nacionalne ureditve (člen 4, točka 6, nemškega zakona UWG), ki je prepovedovala vezane ponudbe v povezavi z nagradnimi razpisi ali nagradnimi igrami. Ta prepoved je temeljila predvsem na preudarkih glede varstva potrošnikov. V zvezi z utemeljitvijo nemške vlade v omenjeni zadevi glej moje sklepne predloge v omenjeni zadevi z dne 3. septembra 2009, zlasti točki 93 in 107.

33 – V tem smislu glej sodbi z dne 3. oktobra 2000 v zadevi Corsten, C-58/98, Recueil, str. I-7919, točka 24, in z dne 29. aprila 2004 v združenih zadevah Orfanopoulos in Oliveri, C-482/01 in C-493/01, Recueil, str. I-5257, točka 42.

34 – Glej sodbi z dne 25. oktobra 2001 v zadevi Ambulanz Glöckner, C-475/99, Recueil, str. I-8089, točka 10, in z dne 13. novembra 2003 v zadevi Neri, C-153/02, Recueil, str. I-3555, točki 34 in 35; v opombi 33 navedeno sodbo Orfanopoulos in Oliveri, točka 42, in sodbo z dne 21. aprila 2005 v zadevi Lindberg, C-267/03, ZOdl., str. I-3247, točki 41 in 42.

nepoštene poslovne prakse, ki vsekakor vplivajo na področje B2C. Ureditev v členu 9a(1), točka 1, UWG torej vsekakor še spada na področje uporabe Direktive 2005/29, pri tem pa ni pomembno, ali je ta prepoved vezanih ponudb primarno namenjena varstvu posamezne pravne dobrine ali varstvu interesov potrošnikov, konkurentov ali skupnosti, na primer z ohranjanjem pluralizma medijev. V tem pogledu lahko v okviru obravnavanega postopka predhodnega odločanja s pravnega vidika zanemarimo vprašanje, ali in v kolikšnem obsegu sporna nacionalna ureditev poleg tega uresničuje, kot je navedla avstrijska vlada, cilj ohranjanja pluralizma medijev.

hkrati pa zaradi uresničevanja dolžnosti generalnih pravobranilcev, naložene na podlagi člena 222 ES, da popolnoma nepristransko in neodvisno predstavijo obrazložene sklepne predloge,[36] preventivno opozarjam, da preučitev zadevnih ureditev, vključno z zakonodajnimi pripravljalnimi dokumenti v zvezi z UWG, razkriva, da mora biti avstrijskemu zakonodajalcu varstvo potrošnikov vsaj tako pomembno kot varstvo konkurentov. Iz pojasnil k vladnemu predlogu za spremembo zakona UWG iz leta 2007 namreč izhaja,[37] da UWG področja B2B v bistvenem ne ureja

ii) Preučitev upoštevnih nacionalnih določb in sodne prakse

55. Zaradi nujnosti predložitve uporabnih odgovorov na vprašanji za predhodno odločanje, ki ju je podalo predložitveno sodišče,[35]

35 – V sodbi z dne 12. julija 1979 v zadevi Union Laitière Normande (244/78, Recueil, str. 2663, točka 5) je Sodišče pojasnilo, da v skladu s členom 234 ES sicer ni pristojno presojati razlogov za predlog za sprejetje predhodne odločbe, vendar se lahko zaradi nujnosti oblikovanja primerne razlage prava Skupnosti šteje za potrebno, da se obide pravni okvir, v katerega naj bi bila vključena zahtevana razlaga. Kot menijo Lenaerts, K., A. Arts, I. Maselis, *Procedural Law of the European Union*, 2. izd., str. 188, točka 6-021, Sodišču nič ne preprečuje, da bi prikazalo svoje razumevanje dejstev v postopku v glavni stvari in nekaterih vidikov nacionalnega prava, in sicer kot izhodišče za uporabno razlago določb Skupnosti, ki se uporabljajo, in načel prava Skupnosti.

36 – Kot meni generalni pravobranilec D. Ruiz-Jarabo Colomer, „La función del Abogado del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas“, v: *Problèmes d'interprétation*, Bruselj 2004, str. 334 in naslednja, naj bi sodniki sklepne predloge obravnavali kot podlago za razprave. Praviloma naj bi odgovorili na vsa v okviru posameznega postopka zastavljena pravna vprašanja, pri tem pa je treba temeljito preučiti dosedanjo sodno prakso Sodišča. Pri preučitvi zadevnih pravnih vprašanj generalni pravobranilec poudari tudi vedno večji pomen pravne teorije.

37 – V „pojasnilih k vladnemu predlogu zveznega zakona, s katerim se spremeni zvezni zakon o preprečevanju nelojalne konkurence iz leta 1984 (UWG) (sprememba zakona UWG iz leta 2007)“, objavljenih v *Recht und Wettbewerb*, letnik 53, št. 170, december 2007, str. 13, je določeno: „Osnutek v bistvenem, tako kot veljavni UWG, ne ureja področja B2B nič drugače kot področje B2C, saj varstva konkurentov in varstva potrošnikov ni mogoče ločiti.“

drugače kot področje B2C, saj varstva konkurentov in varstva potrošnikov z vidika avstrijskega zakonodajalca „ni mogoče ločiti“.

56. To ustreza prevladujočemu stališču v pravni teoriji, po katerem se nenazadnje tudi zaradi tega šteje, da UWG poleg interesov konkurentov in skupnosti enakovredno ščiti tudi interese potrošnikov, zato lahko govorimo o „trojnem varstvenem namenu“. [38] To velja tudi za ureditev v členu 9a(1), točka 1, UWG, ki je v središču obravnavane zadeve in o katere naravi potrošniškega varstva se v pravni teoriji ne dvomi. [39]

57. Poleg tega je treba ugotoviti, da je tudi v skladu s sodno prakso Oberster Gerichtshof [40] – delno ob sklicevanju na ustrezna mnenja v pravni teoriji – prepoved dodatkov

38 – Kot meni Prunbauer, M., „Kommentar zum Vorschlag für eine EU-Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern – ein missglückter Ansatz der Harmonisierung des Lauterkeitsrechts in der EU“, v: *Recht und Wettbewerb*, letnik 49, št. 161, september 2003, str. 3, se UWG načeloma nanaša ne le na vidike konkurenčnega ravnanja pri varstvu potrošnikov, temveč enako tudi na vidike konkurentov in skupnosti. Oglaševalskega ukrepa ne gre obravnavati oziroma presojati le enostransko v zvezi s potrošniki. Varstvo konkurentov in interesov skupnosti pri učinkovitem postopku za ugotavljanje najugodnejše ponudbe naj bi bilo vsaj posredno namenjeno tudi varstvu potrošnikov, saj se s tem tudi v interesu potrošnikov zagotavlja učinkovita konkurenca. Avtorica iz tega sklepa, da konkurenčnega ravnanja niti v realnosti gospodarskega življenja niti dogmatično ni mogoče smiselno ločiti na „del potrošniške konkurence“ in „del podjetniške konkurence“. Kot navaja Wiebe, A., „Umsetzung der Geschäftspraktikenrichtlinie und Perspektiven für eine UWG-Reform“, v: *Juristische Blätter*, letnik 129, zv. 2, februar 2007, str. 71, za Avstrijo in Nemčijo že dolgo ni sporno, da je UWG namenjen varstvu konkurentov, potrošnikov in splošnih interesov, kot naj bi bilo v členu 1 novega nemškega zakona UWG izrecno določeno. Zaradi značilnega prepletanja varstvenih namenov in zaradi narave stvari naj bi bilo nemogoče dejansko ločiti pravne ureditve na posle B2B in posle B2C. Podobno tudi Büllesbach, E., *op. cit.* (opomba 21), str. 15, ki opozarja na trojni varstveni namen (potrošniki, konkurenti, javnost), na katerem naj bi temeljile ureditve o poštenem ravnanju v Nemčiji in Avstriji. Lettner, H., „Die Umsetzung der EU-Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken – Eine Bilanz des UWG-Neu in Österreich und Deutschland“, v: *European Law Reporter*, 2009, št. 9, str. 313, prav tako opozarja, da je avstrijski UWG, gledano celostno, namenjen varstvu interesov podjetij, interesov skupnosti in interesov potrošnikov.

39 – Tako Duursma-Kepplinger, D., *op. cit.* (opomba 11), opozarja, da naj bi bil člen 9a UWG namenjen tudi varstvu potrošnikov (člen 16, točka 24, str. 808). Namen zakonske omejitve dodatkov naj bi bil zlasti zaščita kupcev pred subjektivnim in zavajajočim nagradnim oglaševanjem ter preprečevanje pretiranega medsebojnega tekmovanja konkurentov z (dodatnimi) pomožnimi storitvami (člen 9a, točka 2, str. 276). Avtorica zastopa stališče, da naj bi bil dejanski cilj UWG zagotavljanje splošnopreventivnega varstva splošnih interesov potrošnikov za zaščito konkurence pred nepoštenimi poslovnimi praksami (člen 16, točka 26, str. 810). Kot navaja Horak, M., „Naht das Ende des Zugabenverbots?“, v: *Ecolex*, 2008, str. 1138, je prepoved dodatkov v skladu s členom 9a UWG namenjena predvsem varstvu potrošnikov. Avtor se pri tem sklicuje na v opombi 40 teh sklepnih predlogov navedeno sodbo Oberster Gerichtshof. Glej tudi Kucsko, G., „Zur rechtspolitischen Begründung des Zugabenverbots“, v: *Ecolex*, 1992, str. 709, ki opisuje zgodovino nastajanja prepovedi dodatkov v Avstriji od začetka 20. stoletja. Avtor opozarja, da naj bi bil primarni namen avstrijske „prepovedi dodatkov“ od njene uvedbe naprej preprečevati, da bi dodatki subjektivno vplivali na odločitev potrošnikov o nakupih ter da bi se z njimi prikrivala prava cena glavnega proizvoda in s tem zavajale stranke. Poleg tega naj bi se preprečevalo pretirano medsebojno tekmovanje podjetij konkurentov.

40 – Glej sodbo Oberster Gerichtshof z dne 9. marca 1999 v zadevi Fini's Feinstes (dok. št. 4 Ob 28/99t). V njej je določeno: „Prepoved dodatkov je namenjena predvsem varstvu potrošnikov: presoje potrošnikov – na primer ob ponujeni možnosti sodelovanja v nagradni igri – ni dovoljeno izkrivljati z izkoriščanjem želje do igre in stremljenja k dobitku. Odločitev o nakupu naj bi bila sprejeta na podlagi kakovosti in cenovne primernosti posameznega proizvoda ter ustrezne primerjave proizvodov, ne pa bolj ali manj nepremišljeno in z namenom dobiti vabljivo nagrado.“

v členu 9a(1) UWG namenjena predvsem varstvu potrošnikov. V skladu s tem presoje potrošnikov – na primer ob ponujeni možnosti sodelovanja v nagradni igri – ni dovoljeno izkrivljati z izkoriščanjem želje do igre in stremljenja k dobitku.

3. Analiza strukture obeh predpisov

58. Zato je treba tudi po preučitvi upoštevnih avstrijskih določb in sodne prakse izhajati iz tega, da je prepoved dodatkov v členu 9a(1), točka 1, UWG vsaj enakovredno namenjena tudi varstvu potrošnikov.

a) Določbe Direktive 2005/29

60. Za ugotovitev, ali Direktiva 2005/29 nasprotuje določbi nacionalnega prava, kot je člen 9a(1) UWG, je treba oba predpisa

c) Predlog

59. Na podlagi obravnavanih ugotovitev menim, da nacionalna ureditev, vsebovana v členu 9a(1), točka 1, UWG, spada na področje uporabe Direktive 2005/29. Zato jo je treba presojati glede na njene določbe. [41]

41 – Glej Horak, M., „Zugabenverbot gemeinschaftsrechtswidrig?“, v: *Ecolex*, št. 123/2009, str. 341; avtor meni, da se pri prvem predlogu zastavlja vprašanje, ali je *per se* prepoved dodatkov, ki naj bi ščitila potrošnike in podjetja, skladna z Direktivo 2005/29. Taka *per se* prepoved naj bi bila v nasprotju s pravom Skupnosti, dokler področja uporabe te prepovedi ni mogoče ostro razmejiti in omejiti na ponudbe, ki se nanašajo izključno na podjetja, ne zadevajo pa interesov potrošnikov. Ti pogoji naj v členu 9a(1), točka 1, UWG ne bi bili izpolnjeni. Kot meni Lettner, H., *op. cit.* (opomba 38), št. 9, str. 317, dejstvo, da se prepoved glede vezanih ponudb v členu 9a(1), točka 1, UWG ne uporablja le za zaščito potrošnikov, ampak tudi za druge namene, ki niso zajeti z vsebinskim področjem uporabe Direktive, kot je na primer ohranjanje pluralizma medijev ali zaščita šibkejših konkurentov, ne more upravičiti ohranitve *per se* prepovedi za področje B2C poleg črnih seznamov. Oba avtorja torej domnevata, da sporna nacionalna ureditev spada na področje uporabe Direktive 2005/29.

preučiti glede na njun normativni cilj in vsebino ter ju nato primerjati.

62. To po eni strani izhaja iz uvodne izjave 11 Direktive, po kateri naj bi ta s *približevanjem* nacionalnih določb vzpostavila visoko skupno raven varstva potrošnikov. Po drugi strani pa njena uvodna izjava 12 določa, da se bodo potrošniki in podjetja lahko zanesli na *enotni ureditveni okvir*, temelječ na jasno opredeljenih pravnih pojmih, ki bodo urejali vse vidike nepoštenih poslovnih praks v celotni Evropski uniji. Na metodo *približevanja prava* se ponovno sklicuje člen 1 Direktive, iz katerega je razvidno, da je Direktiva namenjena izboljšanju varstva potrošnikov in izpopolnjenju notranjega trga.

i) Popolna uskladitev nacionalnih pravil kot cilj urejanja

61. Kot je bilo uvodoma ugotovljeno,[42] je cilj Direktive 2005/29 popolna uskladitev pravnih predpisov držav članic o nepoštenih poslovnih praksah. Drugače od dosedanjih, za posamezne sektorje specifičnih pravnih instrumentov za usklajevanje prava varstva potrošnikov, s katerimi se je uresničeval cilj minimalne uskladitve, se želi s to direktivo doseči popolna uskladitev nacionalnih pravnih predpisov, ki državam članicam, razen v predvidenih izjemah, ne dopušča ohranitve ali sprejetja strožjih predpisov, in sicer ne glede na to, ali bi s tem zagotovile višjo raven varstva potrošnikov.[43] Oboje je razvidno iz uvodnih izjav in iz splošnih določb Direktive.

63. Cilj obsežne in izčrpne ureditve na ravni Skupnosti področja življenja, ki ga pokriva ta direktiva, je izražen v uvodnih izjavah 14 in 15, ki izrecno govorita o *popolni uskladitvi*. Poleg tega je ta cilj razviden tudi iz člena 4 Direktive, v katerem je klavzula o notranjem trgu, po kateri države članice svobode opravljanja storitev in prostega pretoka blaga ne smejo omejevati iz razlogov, ki sodijo na področje, *ki ga približuje* ta direktiva.

42 – Glej točko 33 teh sklepnih predlogov.

43 – Glej sodbo VTB-VAB in Galatea (navedena v opombi 4, točka 52).

64. Člen 3(5) Direktive predvideva izjemo, po kateri lahko države članice na področju, približanem s to direktivo, šest let po 12. juniju 2007 še naprej uporabljajo nacionalne določbe, ki so bolj omejevalne ali strožje od te direktive. Vendar je ta izjema omejena na tiste nacionalne določbe, s katerimi je bila prenesena vsebina drugih direktiv in ki vsebujejo klavzule o minimalni uskladitvi.[44] Drugo izjemo glede popolne uskladitve določa člen 3(9) v zvezi s finančnimi storitvami v smislu Direktive 2002/65/ES ter v zvezi z nepremičninami.

ii) Struktura ureditve v Direktivi 2005/29

65. Osrednji del Direktive 2005/29 je generalna klavzula v členu 5(1), ki prepoveduje nepoštene poslovne prakse. Člen 5(2) natančneje določa, kaj pomeni „nepoštenost“. V skladu z njim je poslovna praksa nepoštena, če nasprotuje zahtevam „poklicne skrbnosti“ in če „bistveno izkrivlja“ ekonomsko ravnanje potrošnika. V skladu z odstavkom 4 so nepoštene poslovne prakse predvsem tiste, ki so zavajajoče (člena 6 in 7) ali agresivne (člena 8 in 9). Odstavek 5 napotuje na Prilogo I in v njej naštete poslovne prakse, „ki se v vseh okoliščinah štejejo za nepoštene“. V vseh državah članicah se uporablja isti enotni seznam, ki se lahko spremeni samo s spremembo te direktive.

66. Za nacionalna sodišča in upravne organe to pomeni, da morajo pri uporabi prava najprej upoštevati seznam 31 primerov nepoštenih poslovnih praks iz Priloge I. Če neka poslovna praksa ustreza kateremu od naštetih primerov, jo je treba prepovedati, nadaljnja presoja, npr. njenih učinkov, pa ni potrebna. Če konkretno dejansko stanje ni zajeto s tem seznamom prepovedi, je treba preučiti, ali gre

44 – Med direktive v smislu člena 3(5) Direktive 2005/29, ki vsebujejo klavzule o minimalni uskladitvi, spadajo te: Direktiva Sveta z dne 20. decembra 1985 za varstvo potrošnika v primeru pogodb, sklenjenih zunaj poslovnih prostorov (85/577/EGS) (UL L 372, str. 31), Direktiva Sveta z dne 13. junija 1990 o paketnem potovanju, organiziranih počitnicah in izletih (90/314/EGS) (UL L 158, str. 59), Direktiva Evropskega Parlamenta in Sveta 94/47/ES z dne 26. oktobra 1994 o varstvu potrošnikov v zvezi z nekaterimi vidiki pogodb o nakupu pravice do uporabe nepremičnin na podlagi časovnega zakupa (UL L 280, str. 83), Direktiva 97/7/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 20. maja 1997 o varstvu potrošnikov glede sklepanja pogodb pri prodaji na daljavo (UL L 144, str. 19), Direktiva 98/6/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 16. februarja 1998 o varstvu potrošnikov pri označevanju cen potrošnikom ponujenih proizvodov (UL L 80, str. 27), Direktiva Sveta z dne 3. oktobra 1989 o usklajevanju nekaterih zakonov in drugih predpisov držav članic o opravljanju dejavnosti razširjanja televizijskih programov (89/552/EGS) (UL L 298, str. 23).

za katerega od z generalno klavzulo urejenih primerov, torej za zavajajoče ali agresivne poslovne prakse. Le če ne gre za tak primer, se neposredno uporabi generalna klavzula iz člena 5(1) Direktive. [45]

b) Določbe UWG

67. V skladu z ustaljeno sodno prakso je obveznost vsake države članice, na katero je direktiva naslovljena, da v nacionalnem pravnem redu sprejme vse ukrepe, ki so potrebni za zagotovitev polnega učinka direktive v skladu z njenimi cilji. [46] S tem je povezana obveznost nacionalnega zakonodajalca, da zadevno direktivo pravilno prenese v nacionalno pravo. [47] Glede na besedilo člena 249(3) ES pa je državam članicam prepuščena izbira oblike in metod prenosa. Pravico izbire ima predvsem nacionalni zakonodajalec.

68. Zato sodna praksa priznava, da pravilen prenos direktive ne zahteva nujno dobesednega prenosa njenih določb v izrecni in posebni zakonski predpis. [48] Bistveno je, da nacionalno pravo, s katerim se uresničuje vsebina direktive, ustreza zahtevam jasnosti prava in pravne varnosti, zato da je pri uporabi nacionalnega prava s strani sodišč in upravnih organov vsakokratne države članice zagotovljeno uresničevanje celotne vsebine direktive. [49]

45 – Takšen je tudi postopek preizkusa, ki ga navajata De Cristofaro, G., „La direttiva 2005/29/CE – Contenuti, rationes, caratteristiche", v: *Le pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori*, Torino 2007, str. 12, in Henning-Bodewig, F., „Die Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken", v: *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Internationaler Teil*, 2005, zv. 8/9, str. 631.

46 – Glej zlasti sodbe z dne 1. februarja 1977 v zadevi Verbond van Nederlandse Ondernemingen, 51/76, Recueil, str. 113, točka 22; z dne 26. februarja 1986 v zadevi Marshall, 152/84, Recueil, str. 723, točka 48; z dne 24. oktobra 1996 v zadevi Kraaijeveld in drugi, C-72/95, Recueil, str. I-5403, točka 55; z dne 17. junija 1999 v zadevi Komisija proti Italiji, C-336/97, Recueil, str. I-3771, točka 19; z dne 8. marca 2001 v zadevi Komisija proti Franciji, C-97/00, Recueil, str. I-2053, točka 9; z dne 7. maja 2002 v zadevi Komisija proti Švedski, C-478/99, Recueil, str. I-4147, točka 15, in z dne 26. junija 2003 v zadevi Komisija proti Franciji, C-233/00, Recueil, str. I-6625, točka 75.

47 – Prenos neke direktive je sestavni del dvostopenjskega zakonodajnega postopka, pri čemer druga stopnja poteka na ravni nacionalnega prava. Z materialnim prenosom na ravni nacionalnega prava pride do konkretizacije prava, ki ga vsebuje direktiva (v zvezi s tem glej Vcelouch, P., *Kommentar zu EU- und EG-Vertrag* (ur. H. Mayer), Dunaj 2004, člen 249, točki 48 in 50, str. 17 in 18).

48 – Glej sodbe z dne 28. februarja 1991 v zadevi Komisija proti Nemčiji, C-131/88, Recueil, str. I-825, točka 6; z dne 20. marca 1997 v zadevi Komisija proti Nemčiji, C-96/95, Recueil, str. I-1653, točka 35; z dne 15. novembra 2001 v zadevi Komisija proti Italiji, C-49/00, Recueil, str. I-8575, točki 21 in 22, in z dne 28. aprila 2005 v zadevi Komisija proti Italiji, C-410/03, ZOdl., str. I-3507, točka 60. Na to pravilno opozarja Seichter, D., „Der Umsetzungsbedarf der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken", v: *Wettbewerb in Recht und Praxis*, 2005, str. 1088, in sicer v zvezi s potrebo po prenosu Direktive 2005/29 v nemško pravo.

49 – V tem smislu Ruffert, M., v: Calliess, Ruffert (ur.), *Kommentar zu EUV/EGV*, 3. izd., 2007, člen 249, točka 49, str. 2135. V skladu z ustaljeno sodno prakso mora prenos direktive dejansko in v celoti zagotavljati njeno uporabo. Glej med drugim sodbe z dne 9. septembra 1999 v zadevi Komisija proti Nemčiji, C-217/97, Recueil, str. I-5087, točka 31; z dne 16. novembra 2000 v zadevi Komisija proti Grčiji, C-214/98, Recueil, str. I-9601, točka 49, in z dne 11. julija 2002 v zadevi Marks & Spencer, C-62/00, Recueil, str. I-6325, točka 26.

i) Prikaz strukture ureditve prepovedi v členu 9a(1), točka 1, UWG

69. Glede na navedbe predložitvenega sodišča člen 9a(1), točka 1, UWG podjetjem prepoveduje, da bi v razmerju do potrošnikov oglaševali brezplačne dodatke k proizvodom ali storitvam. Če je glavni proizvod v periodičnemu tisku (časopisu, reviji), se prepoved nanaša tudi na samo ponudbo ali dajanje dodatkov. V skladu s sodno prakso Oberster Gerichtshof [50] se za dodatek šteje zlasti z nakupom glavnega proizvoda povezana možnost sodelovanja v nagradni igri.

70. Vendar se ta določba, kot izhaja iz predložitvenega sklepa [51], v sodni praksi razlaga ozko, tako da se vsak brezplačen dodatek ne šteje za nedopustnega. Uporaba člena 9a(1), točka 1, UWG torej v skladu z ustaljeno sodno prakso Oberster Gerichtshof predpostavlja, da je bilo očitano ravnanje v konkretnem primeru (a) objektivno usmerjeno v izkrivljanje potrošnikovih odločitev o nakupu glavnega proizvoda (glavne storitve) [52] in da bi to ravnanje zato (b) lahko povzročilo ne samo nepomembno spremembo v povpraševanju. [53] Iz tega izhaja, da že skladnost z dejanskim stanom iz prvega odstavka zadevne določbe deloma ni podana zaradi neobstoja nedopustnega „dodatka“ v smislu tega predpisa, če zgoraj navedeni pogoji, ki jih je razvila sodna praksa, niso izpolnjeni. [54]

71. Ne glede na to ozko razlago v avstrijski sodni praksi je treba ugotoviti, da sporna ureditev v členu 9a UWG temelji na načelu razmerja med pravilom in izjemo, in sicer tako, da je povezava dveh različnih ponudb proizvodov ali storitev z namenom pospeševanja prodaje v skladu s prvim odstavkom prepovedana, če niso upoštevne v drugem odstavku navedene izjeme. Z drugimi besedami, ta določba prepoveduje povezavo dveh različnih

50 – Glej stran 10 predložitvenega sklepa.

51 – Predložitveno sodišče na strani 8 predložitvenega sklepa navaja sodbe Oberster Gerichtshof z dne 20. oktobra 1992 v zadevi Welt des Wohnens, dok. št. 4 Ob 87/92; z dne 30. januarja 2008 v zadevi ORF-Teletext, dok. št. 3 Ob 273/07d, in z dne 14. februarja 2008, dok. št. 4 Ob 17/08s.

52 – Predložitveno sodišče na strani 8 predložitvenega sklepa omenja v opombi 51 navedeno sodbo Welt des Wohnens.

53 – Predložitveno sodišče na strani 8 predložitvenega sklepa navaja sodbo Oberster Gerichtshof z dne 14. decembra 1999 v zadevi Tipp des Tages III, dok. št. 4 Ob 290/99x.

54 – Glej tudi stran 4 vloge tožeče stranke v postopku v glavni stvari.

ponudb proizvodov ali storitev zaradi pospeševanja prodaje, zato jo lahko razumemo kot načelno prepoved vezanih ponudb, ki pa v nekaterih primerih dopušča odstopanja. [55]

a) Zapisano nacionalno pravo

i) Obratna sistematika ureditve

4. Skladnost ureditve, ki je predmet spora, z Direktivo 2005/29

73. Kar zadeva skladnost sporne ureditve z Direktivo 2005/29, je treba ugotoviti, da sporna prepoved vezanih ponudb v členu 9a(1), točka 1, UWG pomeni posebno ureditev znotraj UWG, ki sploh nima ustreznice v Direktivi 2005/29. Člen 9a(1), točka 1, UWG določa načelno prepoved vezanih ponudb, ki v Direktivi ni predvidena.

72. Dalje je treba obravnavati vprašanje skladnosti sporne ureditve z Direktivo 2005/29, pri čemer je treba preučiti predvsem strukturo nacionalne ureditve. Ob ugotovitvi neskladnosti nacionalnega prava, kot izhaja iz besedila zakona, je treba preučiti, ali je to ureditev ob uporabi zgoraj navedene ozke razlage Oberster Gerichtshof kljub temu mogoče obravnavati kot skladno z Direktivo.

74. Poleg tega je za to nacionalno ureditev zaradi načela razmerja med pravilom in izjemo, na katerem temelji, značilna drugačna struktura ureditve kot za Direktivo 2005/29. Dvomi o skladnosti te ureditve z navedeno direktivo se porajajo predvsem zaradi obratne sistematike ureditve, pri čemer ne gre toliko za samo formalno obliko ureditve, saj se nacionalnemu zakonodajalcu vendarle prizna neka diskrecijska pravica pri prenosu, kot za normativni pomen te nacionalne določbe. Ta določba vsebinsko ni usklajena z upoštevno določbo Direktive 2005/29. Kot sem namreč že prikazala v sklepnih predlogih v združenih zadevah C-261/07 (VTB-VAB) in C-299/07

55 – Glej Horak, M., *op. cit.* (opomba 39), str. 1137; avtor ureditev v členu 9a UWG primerja s tako imenovanimi „*per se* prepovedmi“. S *per se* prepovedmi bi bile nekatere abstraktno opisane poslovne prakse načeloma prepovedane, ne da bi upoštevno sodišče v posameznem primeru preučilo učinke na potrošnike ali konkurente. Za vzpostavitev ravnotežja v praksi se take prepovedi večinoma dopolnijo s katalogom izjem. Po avtorjevem mnenju se člen 9a UWG z načelno prepovedjo dodatkov v prvem odstavku in katalogom izjem v drugem odstavku ravna po tem sistemu. Heidinger, R., *op. cit.* (opomba 17), str. 45, zastopa stališče, da je ureditev v členu 9a UWG zasnovana kot *per se* prepoved, s katero bi bile nekatere poslovne prakse prepovedane, ne da bi bilo treba v posameznem primeru preučiti učinke na potrošnike.

(Galatea), je zasnova Direktive 2005/29 v korist podjetniške svobode trgovca in v bistvu ustreza pravni ideji *in dubio pro libertate*.[56] Direktiva torej v nasprotju z ureditvijo v členu 9a(1), točka 1, UWG izhaja iz tega, da so poslovne prakse poštene, dokler niso izpolnjeni podrobneje določeni pravni pogoji prepovedi.[57]

75. Ta liberalna zasnova ima konkretno regulativno ozadje, ki je zagotoviti uresničitev cilja zakonodajalca Skupnosti, vsebovanega v uvodnih izjavah 4 in 5 ter v členu 1 Direktive, namreč z določitvijo enotnih pravil na ravni Skupnosti odpraviti ovire za čezmejni prosti pretok storitev in blaga ali za pravico do ustanavljanja, saj so te ovire posledica številnih nacionalnih pravil o nepoštenih poslovnih praksah, zato jih je treba odpraviti, kolikor je to potrebno za pravilno delovanje notranjega trga in za zagotavljanje visoke ravni varstva potrošnikov.[58]

ii) Pomanjkljivost izjem v členu 9a(2) UWG

76. Poleg tega izjeme od načelnih prepovedi, kot je člen 9a(2) UWG, niso primerne, da bi zajele vse primere, pri katerih se v skladu z določbami Direktive 2005/29 domneva dopustna poslovna praksa, saj ne omogočajo posamične presoje, ki bi jo opravljala pristojna

56 – Glej moje sklepne predloge v združenih zadevah VTB-VAB in Galatea, navedene v opombi 15, točka 81. Temu pritrjuje Micklitz, H.-W., *op. cit.* (opomba 25), str. 374.

57 – Abbamonte, G., „The Unfair Commercial Practices Directive and its General Prohibition", v: *The Regulation of Unfair Commercial Practices under EC Directive 2005/29 – New Rules and New Techniques*, Norfolk 2007, str. 15, zato zasnovo zadevne direktive opisuje kot liberalno. V skladu z njo je dopustno vse, kar ni izrecno prepovedano. De Cristofaro, G., n. n. m. (opomba 45), str. 11, pravilno opaža, da ima ta direktiva točkovno zasnovo, saj določa merila za presojo določene poslovne prakse kot nepoštene, medtem ko nikjer ne opisuje značilnosti poštene poslovne prakse.

58 – Glej Bakardjieva Engelbrekt, A., „An End to Fragmentation? The Unfair Commercial Practices Directive from the Perspective of the New Member States from Central and Eastern Europe", v: *The Regulation of Unfair Commercial Practices under EC Directive 2005/29 – New Rules and New Techniques*, Norfolk 2007, str. 47 in naslednja; avtorica poudarja usklajevalni učinek Direktive 2005/29, katere cilj je premostiti opazne razlike, prisotne do uveljavitve te direktive, med konkurenčnopravnimi ureditvami držav članic. Podobno tudi Bargelli, E., *op. cit.* (opomba 21), str. 79. Weatherill, S., „Who is the ‚Average Consumer'", v: *The Regulation of Unfair Commercial Practices under EC Directive 2005/29 – New Rules and New Techniques*, Norfolk 2007, str. 137, označuje zasnovo Direktive 2005/29 kot deregulacijo ob sočasni regulaciji. Uskladitev nacionalnih zakonodaj naj bi povzročila deregulacijo trga z odpravo zakonodajne raznolikosti držav članic v korist enotnega predpisa. Kot menita Falce, V., G. Ghidini, *op. cit.* (opomba 23), str. 372, je cilj Direktive 2005/29 ponovno vzpostaviti ravnotežje med konkurenco v okviru notranjega trga brez meja na eni strani in varstvom potrošnikov na drugi strani.

nacionalna sodišča in ustrezni organi.[59] To je Sodišče potrdilo tudi v sodbi VTB-VAB in Galatea.[60]

77. Ker se vezane ponudbe ne prištevajo k poslovnim praksam, navedenim v Prilogi I, ki se v vseh okoliščinah štejejo za nepoštene, jih je mogoče načeloma prepovedati le, če pomenijo nepoštene poslovne prakse, ker so na primer zavajajoče ali agresivne v smislu Direktive. Ne glede na to je v skladu z Direktivo 2005/29 prepoved mogoča le, če je treba neko poslovno prakso opredeliti za nepošteno, ker nasprotuje zahtevam poklicne skrbnosti ali ker v zvezi z izdelkom bistveno izkrivlja ali bi lahko izkrivljala ekonomsko delovanje povprečnega potrošnika.

78. Vendar ni mogoče na splošno ugotoviti, ali gre pri vezanih ponudbah za tak primer, ampak je treba presoditi konkretno poslovno prakso v posameznem primeru. To nedvoumno izhaja iz uvodne izjave 7 Direktive, po kateri je treba pri uporabi te direktive, zlasti pa generalnih klavzul, v celoti upoštevati okoliščine posameznega primera. Izraz „zlasti“ nakazuje tudi, da se presoja posameznega primera ne omejuje le na uporabo generalne klavzule iz člena 5(1), temveč se nanaša tudi na uporabo določb členov od 5 do 9 Direktive, ki konkretizirajo generalno klavzulo. Glede na uvodno izjavo 17 Direktive tudi zakonodajalec Skupnosti izhaja iz nujnosti presoje posameznega primera na podlagi določb členov od 5 do 9 Direktive, kadar neke poslovne prakse ni mogoče zajeti s katero od poslovnih praks, navedenih v Prilogi I. To je razvidno iz sklepanja *a contrario* na podlagi tretjega stavka uvodne izjave 17, ki določa, da so poslovne prakse, naštete v Prilogi I, edine poslovne prakse, ki „lahko veljajo za nepoštene, ne da bi bila potrebna presoja posameznih primerov na podlagi določb iz členov od 5 do 9“.

iii) Vmesni predlog

79. Sporna ureditev, kot izhaja iz besedila zakona, ni skladna z Direktivo 2005/29.

59 – V tem smislu tudi Heidinger, R., *op. cit.* (opomba 17), str. 46.
60 – Navedena v opombi 4, točki 64 in 65.

b) Možnost razlage v skladu z Direktivo

80. Kot sem prikazala v sklepnih predlogih v zadevi Plus, [61] za preučitev vprašanja, ali je neka določba nacionalnega prava v nasprotju s pravom Skupnosti, ni bistveno le besedilo te določbe, temveč tudi, kako jo razlagajo nacionalna sodišča. [62] Ker sodna praksa v državi članici za vse naslovnike pravnih norm pomeni zavezujočo razlago zakona, je nepogrešljivo merilo za presojo, ali sta prenos in razlaga nacionalnega prava v skladu s pravom Skupnosti. [63]

81. Zato bi dejstvo, da Oberster Gerichtshof praviloma uporablja ozko razlago načelne prepovedi vezanih ponudb, lahko govorilo v korist skladnosti z Direktivo. Ni mogoče izključiti, da nacionalno sodišče z ozko razlago omili tako prepoved, da nazadnje postane skladna z Direktivo. Ne glede na to je treba spomniti, da je sodišče države članice v skladu s sodno prakso Sodišča dolžno razlagati nacionalno pravo, pri čemer gre lahko za določbe, ki so starejše ali novejše od Direktive, ob upoštevanju besedila in namena Direktive, da je rezultat v skladu s ciljem Direktive in tako s členom 249(3) ES, [64] pri čemer mora sodišče to razlago v obsegu pooblastila za prosto presojo, ki mu ga prizna nacionalno pravo, uporabiti v skladu z zahtevami prava Skupnosti. [65] V zvezi s tem obstaja možnost z Direktivo skladne redukcije zadevne nacionalne norme ali celo možnost nadaljnjega

61 – Navedeni v opombi 20, točka 82.

62 – Lenaerts, K., D. Arts, I. Maselis, *op. cit.* (opomba 35), točka 5-056, str. 162, opozarjajo, da je razsežnost nacionalnih zakonov, uredb in upravnih predpisov treba presojati ob upoštevanju tega, kako jih razlagajo nacionalna sodišča. Razlaga nacionalnega prava v skladu s pravom Skupnosti je bila predmet predloga za sprejetje predhodne odločbe nemškega Bundesgerichtshof v zadevi Siemens proti Nold (sodba z dne 19. novembra 1996, C-42/95, Recueil, str. I-6017) ter belgijskega Hof van beroep te Gent v zadevi Gysbrechts in Santurel Inter (sodba z dne 16. decembra 2008, C-205/07, ZOdl., str. I-9947).

63 – V zvezi s tem glej moje sklepne predloge, predstavljene 4. septembra 2008 v zadevi Komisija proti Španiji (sodba z dne 18. decembra 2008, C-338/06, ZOdl., str. I-10139, točka 89).

64 – Sodbi z dne 10. aprila 1984 v zadevi von Colson in Kamann proti Nordrhein-Westfalen, 14/83, Recueil, str. 1891, točka 26, ter v zadevi Harz proti Deutsche Tradax, 79/83, Recueil, str. 1921, točka 26; sodbe z dne 15. maja 1986 v zadevi Johnston proti Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary, 222/84, Recueil, str. 1651, točka 53; z dne 8. oktobra 1987 v zadevi Kolpinghuis Nijmegen, 80/86, Recueil, str. 3969, točka 12; z dne 20. septembra 1988 v zadevi Beentjes, 31/87, Recueil, str. 4635, točka 39; z dne 14. julija 1994 v zadevi Faccini Dori, C-91/92, Recueil, str. I-3325, točka 24; z dne 25. februarja 1999 v zadevi Carbonari, C-131/97, Recueil, str. I-1103, točka 48; z dne 15. junija 2000 v zadevi Brinkmann Tabakfabriken, 365/98, Recueil, str. I-4619, točka 40; z dne 27. junija 2000 v združenih zadevah Océano Grupo, od C-240/98 do C-244/98, Recueil, str. I-4941, točka 30; z dne 13. julija 2000 v zadevi Centrosteel, C-456/98, Recueil, str. I-6007, točka 16, in z dne 3. oktobra 2000 v zadevi Gozza, C-371/97, Recueil, str. I-7881, točka 37. Podobno sodbe z dne 13. novembra 1990 v zadevi Marleasing, C-106/89, Recueil, str. I-4135, točka 8; z dne 15. maja 2003 v zadevi Mau, C-160/01, Recueil, str. I-4791, točka 36; z dne 22. maja 2003 v zadevi Connect Austria, C-462/99, Recueil, str. I-5197, točka 38; z dne 23. oktobra 2003 v zadevi Adidas-Salomon in Adidas Benelux, C-408/01, Recueil, str. I-12537, točka 21, in z dne 9. marca 2004 v združenih zadevah Pfeiffer, od C-397/01 do C-403/01, Recueil, str. I-8835, točka 113. V zvezi s tem glej Schweitzer, M., W. Hummer, W. Obwexer, *Europarecht*, Dunaj 2007, str. 82 in naslednja.

65 – Sodbi Colson in Kamann proti Nordrhein-Westfalen (navedena v opombi 64, točka 28) in Harz proti Deutsche Tradax (navedena v opombi 64, točka 28).

oblikovanja prava, če so nacionalna sodišča pristojna za to. [66]

– Člen 5(4) in (5) Direktive 2005/29

82. Pravzaprav bi morala ozka razlaga, ki jo zastopa Oberster Gerichtshof, voditi do pretežne uskladitve normativnega pomena člena 9a(1), točka 1, UWG z normativnim pomenom določb Direktive.

Seznam nepoštenih poslovnih praks v Prilogi I k Direktivi

Presoja v skladu z merili iz določb Direktive

84. Najprej lahko ugotovimo, da poslovna praksa, ki jo prepoveduje člen 9a(1) UWG, ne ustreza nobenemu od primerov nepoštenih poslovnih praks, naštetih v Prilogi I k Direktivi. Zlasti ni upošteven primer, opisan v točki 16, v katerem podjetje oglašuje izdelke s trditvijo, da lahko pripomorejo k zmagi v igrah na srečo. Nanaša se na posebno obliko oglaševanja, [67] vendar ne na vezane ponudbe same po sebi. [68] Poleg tega tožena stranka iz postopka v glavni stvari ni oglaševala s trditvijo, da že samo nakup proizvoda zagotovi možnost zmage v igri na srečo. Ponujala je le možnost sodelovanja v nagradni igri, ki

83. V nadaljevanju je treba preučiti, ali se sporna prepoved vezanih ponudb ob ozki razlagi, kakor jo podaja avstrijska sodna praksa, lahko šteje za skladno z Direktivo. Presoja izhaja iz strukture, opisane v točki 66 teh sklepnih predlogov.

66 – Kot meni Streinz, R., *Europarecht*, 8. izd., Heidelberg 2008, str. 161, točka 456, je dolžnost glede razlage, skladne z Direktivo, omejena z možnostjo razlage nacionalnega prava. Če naj bi bila nacionalna sodišča pristojna tudi za nadaljnje oblikovanje prava, bi morala, kolikor je to upoštevno, nacionalno pravo dalje oblikovati v skladu z direktivo.

67 – V zvezi z *ratio legis* tega dejanskega stanja prepovedi glej Büllesbach, E., *op. cit.* (opomba 21), str. 114. Če bi trgovec trdil, da nek izdelek lahko pripomore k zmagi v igrah na srečo, bi s tem potrošnika napeljeval k misli, da lahko z nakupom izdelka vpliva na pridobitev dobitka v svojo prid. Vendar je za igre na srečo značilno to, da je pridobitev dobitka predvsem stvar naključja. Zaradi tega elementa negotovosti si načeloma ni mogoče zamisliti vplivanja na pridobitev dobitka. Gre torej za zavajanje glede primernosti izdelka za zadevni namen. Ker je ta domneva posredno povezana z željo do igre, naj bi za potrošnika obstajala posebna nevarnost, kajti upi glede z lahkoto doseženega dobitka lahko močno vplivajo na razumnost njegove odločitve.

68 – Glej točko 85 mojih sklepnih predlogov v zadevi Plus, navedenih v opombi 20.

je prek spleta dostopna vsakomur, ne da bi kupcu obljubila večjo možnost dobitka. Potrošniku, ki želi sodelovati pri glasovanju za „nogometaša leta“, torej ni treba kupiti spornega časopisa, temveč se lahko odloči za eno izmed različnih možnosti sodelovanja. Da bi bile možnosti dobitka za potrošnika, ki sodeluje drugače kot z nakupom spornega časopisa, manjše kot za druge udeležence nagradne igre, se niti ne omenja niti ni razvidno ob objektivni presoji.

– Zavajajoče in agresivne poslovne prakse v smislu člena 5(4) Direktive

85. Vprašljivo je, ali je mogoče poslovno prakso, ki jo prepoveduje člen 9a(1) UWG, šteti za zavajajočo ali agresivno v smislu člena 5(4) Direktive. To trdi avstrijska vlada, ki sporno ureditev obravnava tudi kot prenos člena 6(1)(d) oziroma členov 8 in 9 Direktive. [69]

69 – Glej točko 55 (vloga avstrijske vlade, str. 21).

– Zavajajoče poslovne prakse v smislu členov 6 in 7 Direktive

86. Za zavajajoče poslovne prakse je, kot izhaja iz razlage členov 6 in 7 Direktive, značilen predvsem element zavajanja glede bistvenih značilnosti proizvoda. Med bistvene značilnosti proizvoda spada v skladu s členom 6(1)(d) Direktive tudi cena.

87. V sodbi Oosthoek's Uitgeversmaatschappij, [70] na katero se v svojih izvajanjih sklicuje avstrijska vlada, je Sodišče v zvezi s skladnostjo nizozemske prepovedi dodatkov s prostim pretokom blaga ugotovilo, da „lahko ponudba dodatkov kot sredstvo za pospeševanje prodaje potrošnike zavede v zmoto glede dejanskih cen izdelkov in izkrivi pogoj konkurence, ki temelji na storitvi“. Zato je sodišče presodilo, da „lahko ureditev, ki na tej podlagi omejuje ali celo prepoveduje take poslovne prakse, prispeva k varstvu potrošnikov in poštenosti trgovanja“.

88. Te ugotovitve, ki so bile sprejete dolgo pred sprejetjem Direktive 2005/29, niso danes nič manj aktualne, saj se ob pravilnem razumevanju zgoraj navedenega dela sodbe dejansko nanašajo na abstraktno nevarnost, ki izhaja iz vezave ponudb, zaradi katere

70 – Sodba z dne 15. decembra 1982 v zadevi Oosthoek's Uitgeversmaatschappij, 286/81, Recueil, str. 4575, točka 18.

v nekaterih okoliščinah ni mogoče dovolj dobro razbrati vrednosti posameznih izdelkov. Na to opozarja glagol „lahko“ v prvem stavku. Zato je Sodišče implicitno izhajalo iz nujnosti presoje posameznega primera, kot to zahteva zakonodajalec Skupnosti z Direktivo 2005/29.

– Agresivne poslovne prakse v smislu člena 8 Direktive

91. Splošna uvrstitev vezanih ponudb v kategorijo agresivnih poslovnih praks prav tako ni upoštevna, saj je pri teh praksah v skladu s členom 8 Direktive nujno prisotno zmanjšanje svobode izbire ali ravnanja povprečnega potrošnika v zvezi z izdelkom, zlasti z nadlegovanjem, prisilo ali z uporabo sile.

89. Ne glede na to iz navedene sodbe jasno izhaja, da je Sodišče podalo stališče izključno v zvezi z vprašanjem skladnosti sporne nizozemske prepovedi dodatkov s prostim pretokom blaga ob upoštevanju specifične zakonske oblike. Zato sklepa Sodišča ni mogoče brez pomisleka prenesti na postopek v glavni stvari. V teh okoliščinah utemeljitev, da naj bi pri vsaki uporabi dodatkov ne glede na vsakokratno obliko obstajala možnost zavajanja, nima nobene podlage.

92. Ta značilnost pa niti ni tipična za vezane ponudbe niti ni podana v postopku v glavni stvari. Iz tega izhaja, da sporna ureditev kljub ozki razlagi ni skladna s členom 8 Direktive.

– Člen 5(2) Direktive 2005/29

90. Zato sporne ureditve ob ozki razlagi, kot jo podaja avstrijska sodna praksa, ni mogoče šteti za skladno s členom 6(1)(d) Direktive.

93. Glede na Direktivo je, dalje, prepoved mogoča le, če se poslovna praksa šteje za nepošteno, ker nasprotuje zahtevam poklicne skrbnosti in v zvezi z izdelkom izkrivlja ali bi lahko izkrivljala ekonomsko vedenje povprečnega potrošnika. Za to morajo biti

kumulativno podane predpostavke iz člena 5(2)(a) in (b).[71]

94. Presoja skladnosti člena 9a(1), točka 1, UWG s členom 5(2) Direktive 2005/29 poteka v dveh korakih. Najprej je treba preveriti, ali ureditev v členu 9a(1), točka 1, UWG ob upoštevanju že omenjene ozke razlage postavlja enake pravne zahteve za prepoved kot Direktiva. Ob pritrdilnem odgovoru je treba preučiti, ali ta ureditev države članice zajema izključno take primere, ki se štejejo za nepoštene v smislu člena 5(2).

Zmožnost za bistveno izkrivljanje vedenja povprečnega potrošnika

– Skladnost pravnih zahtev

95. Vsekakor obstaja pretežna vsebinska skladnost sporne ureditve z določbami Direktive 2005/29 v zvezi z zahtevo v členu 5(2)(b), saj je tudi v skladu z ozko razlago avstrijskih sodišč za potrditev nedovoljenega dodatka v smislu člena 9a(1) UWG nujno, da je napoved, ponudba ali dajanje tega dodatka „objektivno usmerjena v izkrivljanje delovanja upoštevnih potrošnikov“. Sicer pa tudi samo predložitveno sodišče v predložitvenem sklepu opozarja na možnost, da bi se spremenila razlaga te zahteve, oblikovane v avstrijski sodni praksi, v smislu člena 5(2)(b).[72] Pri tem ni nobenih pomislekov, če se tej zahtevi nacionalnega prava, ki ima v bistvenem enako besedilo, pripisuje enak pomen kot v pravu Skupnosti.

– Skladnost področja uporabe

96. „Bistveno izkrivljati ekonomsko delovanje potrošnikov“ v smislu člena 5(2)(e) namreč v skladu s tam navedeno pravno opredelitvijo pomeni „uporabiti poslovno prakso z namenom znatno zmanjšati potrošnikovo sposobnost sprejeti odločitev ob poznavanju vseh pomembnih dejstev in tako povzročiti,

71 – V tem smislu Abbamonte, G., *op. cit.* (opomba 57), str. 21; Massaguer, J., *El nuevo derecho contra la competencia desleal – La Directiva 2005/29/CE sobre las Prácticas Comerciales Desleales*, Cizur Menor 2006, str. 58; Maione, N., „Le pratiche commerciali sleali nella direttiva 2005/29/CE“, v: *Lezioni di diritto privato europeo*, 2007, str. 1068.

72 – Glej stran 10 predložitvenega sklepa.

da potrošnik sprejme odločitev o poslu, ki je drugače ne bi sprejel“. Varovana dobrina pri tej določbi je potrošnikova svoboda odločanja. [73]

97. Čeprav predložitveno sodišče z vprašanjem za predhodno odločanje na splošno sprašuje o skladnosti člena 9a(1), točka 1, UWG z Direktivo, v postopku v glavni stvari za odločitev ni upoštevna skladnost člena 9a(1), točka 1, UWG za vsemi primeri, ki jih zajema (časopisi in nagrade), temveč le v zvezi z vezavo časopisov in nagradnih iger. Tudi stranki v postopku se v svojih izvajanjih sklicujeta predvsem na to zelo značilno, z vidika varstva potrošnikov problematično obliko vezanih poslov. Zato je v nadaljevanju treba opraviti le podrobnejšo analizo učinkov te konkretne poslovne prakse na delovanje potrošnikov.

98. Avstrijska vlada meni, da je zgoraj navedena zahteva v zvezi z vezavo proizvodov in nagradnih iger izpolnjena. [74] Pojasnjuje, da se potrošnik ravno pri periodičnemu tisku s sorazmerno nizko ceno posameznega kosa, ki velja za postopek v glavni stvari, zaradi možnosti dobitka iz subjektivnih razlogov odloči za nakup glavnega proizvoda. Prav pri tem lahko obeti glede brezplačne udeležbe v nagradni igri z možnostjo nesorazmerno velikega dobitka bistveno izkrivljajo nakupovalno vedenje potrošnika v medijskem sektorju.

99. Pri tem je treba pritrditi avstrijski vladi, da je uporaba nagradnih iger v oglaševanju vsekakor takšna, da lahko v človeku prebudi veselje do igre. Kot sem že navedla v sklepnih predlogih v zadevi Plus, [75] so nenazadnje takšne igre za ljudi privlačne tudi zaradi možnosti razmeroma visokih dobitkov. Namenjene so temu, da pri potencialnih strankah zbudijo pozornost in jih z izbrano oglaševalsko strategijo usmerijo k nekaterim ciljem. Zato argumenta, da naj bi takšna poslovna

73 – To pa ne velja za ekonomski interes potrošnikov. Abbamonte, G., *op. cit.* (opomba 57), str. 23, navaja, da ta določba temelji na osnovni ideji, da nepoštene poslovne prakse z vplivanjem na potrošnikovo svobodo ali sposobnost odločanja praviloma izkrivljajo njegove preference. Zato naj bi potrošniki kupovali blago, ki ga ne potrebujejo, ali blago, ki bi ga sicer – brez vplivanja – šteli za manjvredno. Člen 5(2)(b) Direktive 2005/29 pa naj vendarle ne bi predpostavljal ekonomske škode za potrošnika. Takšna predpostavka glede dejanskega stanja bi bila po avtorjevem mnenju neprimerna, saj bi bistveno znižala raven varstva potrošnikov v Evropski uniji.

74 – Glej točko 51 (vloga avstrijske vlade, str. 20).

75 – Navedeni v opombi 20, točka 93.

praksa lahko glede na okoliščine bistveno izkrivljala nakupovalno vedenje potrošnika v medijskem sektorju, gledano na splošno, ni mogoče kar tako zavreči.

100. Ni pa gotovo, ali je taka posplošujoča presoja brez dvoma skladna z določbami prava Skupnosti, kajti po eni strani Direktiva 2005/29 zahteva, kot je bilo že prikazano, da nacionalna sodišča in drugi nacionalni organi opravijo temeljito presojo okoliščin posameznega primera, da bi lahko ugotovili nepoštenost konkretne poslovne prakse, [76] po drugi strani pa glede namena analize učinkovanja vsakokratnega oglaševalskega ukrepa upošteva predvsem zaznavanje povprečnega potrošnika ali povprečnega člana neke skupine potrošnikov.

101. Kot je razvidno iz uvodne izjave 18, pojem povprečnega potrošnika, uporabljen v Direktivi 2005/29, natančno ustreza modelu, oblikovanem v sodni praksi Sodišča, potrošnika, [77] ki je „običajno obveščen ter razumno pozoren in preudaren“, pri čemer je treba upoštevati „socialne, kulturne in jezikovne dejavnike“. V zadnjem stavku uvodne izjave 18 je pojem povprečnega potrošnika natančneje pojasnjen, pri tem pa je poudarjeno, da „test povprečnega potrošnika ni statističen test“. Poleg tega je podana zahteva, da „se bodo morali nacionalna sodišča in upravni organi pri opredelitvi tipične reakcije povprečnega potrošnika v danem primeru zanašati na lastno sposobnost za razsojanje ob upoštevanju sodne prakse Sodišča“.

102. Metoda, ki jo je razvilo Sodišče za analizo učinkov posameznega oglaševalskega ukrepa na povprečnega potrošnika temelji na načelu sorazmernosti. Njen namen je vzpostavitev primernega ravnotežja med ciljem varstva potrošnikov po eni strani in nujnostjo pospeševanja pretoka blaga na notranjem trgu s svobodno konkurenco po drugi strani. Zakonodajalec Skupnosti je z Direktivo 2005/29 kodificiral to metodo, pri čemer je naloga analize – v skladu s sodno prakso

76 – Glej točke od 76 do 78 teh sklepnih predlogov.

77 – V zvezi z modelom potrošnika v sodni praksi Sodišča glej sodbe z dne 16. januarja 1992, kazenski postopek zoper X, C-373/90, Recueil, str. I-131, točki 15 in 16; z dne 16. julija 1998 v zadevi Gut Springenheide in Tusky, C-210/96, Recueil, str. I-4657, točka 31; z dne 4. maja 1999 v združenih zadevah Windsurfing Chiemsee, C-108/97 in C-109/97, Recueil, str. I-2779, točka 29; z dne 13. januarja 2000 v zadevi Estée Lauder, C-220/98, Recueil, str. I-117, točka 27; z dne 21. junija 2001 v zadevi Komisija proti Irski, C-30/99, Recueil, str. I-4619, točka 32; z dne 24. oktobra 2002 v zadevi Linhart in Biffl, C-99/01, Recueil, str. I-9375, točka 31; z dne 8. aprila 2003 v zadevi Pippig Augenoptik, C-44/01, Recueil, str. I-3095, točka 55; z dne 12. februarja 2004 v zadevi Koninklijke KPN Nederland, C-363/99, Recueil, str. I-1619, točka 77, in zadevi Henkel, C-218/01, Recueil, str. I-1725, točka 50; z dne 9. marca 2006 v zadevi Matratzen Concord, C-421/04, ZOdl., str. I-2303, točka 24, in z dne 19. septembra 2006 v zadevi Lidl Belgium, C-356/04, ZOdl., str. I-8501, točka 78.

Sodišča – zaupana nacionalnim sodiščem in ustreznim organom. S tem naj bi se izognili nevarnosti, da bi različne države članice različno presojale enake poslovne prakse, kar pripomore k višji stopnji pravne varnosti za potrošnike in konkurente. [78]

103. Osredotočanje na „povprečnega potrošnika, ki je običajno obveščen ter razumno pozoren in preudaren," se mora s pravnega vidika razlagati tako, da je treba za ohranitev primernega razmerja med obema ciljema postaviti ustrezno stroge zahteve za nastop dejanskega stanja iz člena 5(2)(b). Na tej podlagi se ne sme vsaka poslovna praksa že samo zaradi njene zmožnosti, da vpliva na nakupne odločitve o nakupu, šteti za skladno z dejanskim stanom. Z vidika prava Skupnosti je namreč potrošniku zaupana naloga, da zazna nevarnost nekaterih poslovnih praks in temu primerno razumno reagira. [79] To je tudi dosledno z regulativnega vidika, če ne nameravamo vsake oblike oglaševanja, ki je v nekaterih okoliščinah sicer provokativna, na splošno pa priznana kot neškodljiva, šteti za nepošteno in s tem za tako, ki jo je treba prepovedati. [80]

104. Kot tožena stranka v postopku v glavni stvari po mojem mnenju pravilno pojasnjuje, [81] se povprečni potrošnik v današnjem času praviloma zaveda, da se pri oglaševanju in pospeševanju prodaje v odprtem tržnem gospodarstvu kupci ne poskušajo pridobiti samo s ceno in kakovostjo proizvodov, temveč tudi z obljubo številnih dodatnih ugodnosti. Pri teh ugodnostih je lahko prisoten čustveni element, pri oglaševanju na primer občutek svobode in neodvisnosti ali pripadnosti neki družbeni skupini oziroma dodatne ugodnosti s povsem ekonomskimi koristmi, kot so dodatki. Zato je dosledno, da se zadevnemu potrošniku, ki je običajno obveščen ter razumno

78 – Abbamonte, G., *op. cit.* (opomba 57), str. 25, opozarja, da je zakonodajalec Skupnosti z Direktivo 2005/29 kodificiral to metodo, ki naj je sodišča nekaterih držav članic ne bi uporabljala. Avtor meni, da se je s tem omejila nevarnost različne presoje enakih poslovnih praks znotraj Evropske unije in povečala pravna varnost. Podobno tudi Wiebe, A., *op. cit.* (opomba 38), str. 75, in Micklitz, H. W., „Das Konzept der Lauterkeit in der Richtlinie 2005/29/EG", v: *Droit de la consommation/Konsumentenrecht/Consumer law, Liber amicorum Bernd Stauder*, Basel 2006, str. 311. Weatherill, S., n. n. m. (opomba 58), str. 135, pojasnjuje, da se sicer lahko zdi, da je osredotočanje na povprečnega potrošnika ob upoštevanju različnega obnašanja potrošnikov umetno, vendar je za učinkovit in usklajen sistem ureditve nujno potrebno.

79 – Lecheler, H., „Verbraucherschutz", v: *Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts* (ur. M. Dauses), zv. 2, München 2004, H. V., točka 27, str. 11, razlaga sodno prakso Sodišča (navedeno v opombi 77 teh sklepnih predlogov) tako, da se izhaja iz tega, da potrošnik načeloma ravna razumno in pozorno ter se je sposoben orientirati in samostojno odločati.

80 – Tako Maione, N., *op. cit.* (opomba 71), str. 1068, opozarja, da naj v skladu z namenom zakonodajalca Skupnosti ne bi bila prepovedana vsaka poslovna praksa, ki vpliva na nakupno obnašanje potrošnika, temveč samo tiste prakse, ki nasprotujejo zahtevam poklicne skrbnosti, s tem da zmanjšujejo svobodo odločanja potrošnika.

81 – Glej stran 10 vloge tožene stranke v postopku v glavni stvari.

pozoren in preudaren, znotraj regulativnega okvira, ki ga določa pravo Skupnosti, prepusti odločitev o tem, ali bo kupil proizvod zaradi pridobitve ugodnosti ali zaradi njegove kakovosti ali celo zaradi nizke cene. [82]

obremenjujoča zaščita potrošnika. [83] Hkrati bi nesorazmerno omejila prosti pretok blaga in svobodo opravljanja storitev. Taka prepoved bi namreč presegala tisto, kar je nujno potrebno za upoštevanje interesov potrošnikov ter prostega pretoka blaga in svobode opravljanja storitev.

– Vmesni predlog

105. Vendar predpostavka, značilna za vsako zakonsko načelno prepoved, namreč da je vsaka povezava proizvoda in nagradne igre ne glede na dejansko nevarnost in posebnosti zadevnega kroga naslovnikov nevarna in jo je zato treba prepovedati, ne bi ustrezala modelu potrošnika v skladu s pravom Skupnosti. Ta predpostavka bi se dejansko občutila kot

106. Glede na navedeno je treba ugotoviti, da prepoved vezanih ponudb, vsebovana v členu 9a(1), točka 1, UWG – ob ozki razlagi, ki jo podaja avstrijska sodna praksa – temelji na zakonodajni presoji, ki ne ustreza določbam Direktive 2005/29.

82 – V tem smislu tudi Kucsko, G., *op. cit.* (opomba 39), str. 709, ki dvomi, da bi utemeljitev, ki je bila podlaga za pripravljalna gradiva k zakonu o nagradah iz leta 1929 (iz katerega končno izvira prepoved dodatkov v členu 9a(1), točka 1, UWG), v današnjem času še imela odločilno vlogo. Potrošnik naj bi bil danes bistveno bolj kritičen in ozaveščen. Tudi oglaševalski svet naj bi se v zadnjih desetletjih bistveno spremenil. Potrošnik naj bi bil veliko bolj izpostavljen – nikakor vselej objektivnim – prepričevalnim reklamam in hkrati nanje navajen. Podoba („image“) nekaterih znamk naj bi bila polna asociacij, ki že dolgo niso več v nobeni zvezi z dejanskimi značilnostmi proizvodov. Po drugi strani pa naj bi se izostrila kritična razsodnost potrošnikov na podlagi aktualnih objav objektivnih primerjalnih testov, certifikacijskih oznak, kritičnih potrošniških revij itd., in sicer ne le za zadevne preizkusne izdelke, temveč na splošno. Potrošnik naj bi bil zato danes veliko bolj usposobljen samostojno presojati, ali se bo pustil „subjektivno premamiti“ ali pa je cena za glavni proizvod zanj previsoka. Sicer pa naj bi z dodatkom prejel več kot abstraktno podobo („image“), prejel naj bi stvarno blago ali storitev. Napeljevalni argument, da gre za zaščito potrošnikov, naj danes ne bi bil več prepričljiv.

107. Čeprav ta sklep že zadošča, da pritrdilno odgovorimo na prvo vprašanje za predhodno odločanje, bom v nadaljevanju – kot odgovor na izvajanja predložitvenega sodišča

83 – Heidinger, R., *op. cit.* (opomba 17), str. 46, in Wittmann, H., „EuGH: Zugabenverbot vor dem Fall?“, v: *Medien und Recht*, št. 6/2008, str. 284, povzemata pomisleke, ki jih je predložitveno sodišče izrazilo v predložitvenem sklepu. Opozarjata, da naj bi model zrelega potrošnika, na katerem temelji člen 5(2) Direktive 2005/29, nasprotoval domnevni nepoštenosti v postopku v glavni stvari. Tako razširjeno varstvo potrošnikov naj bi bilo v nasprotju s podobo aktualnega zrelega potrošnika, kajti temu mora biti načeloma omogočeno sprejemanje ekonomskih odločitev tudi na podlagi subjektivnih razlogov.

in avstrijske vlade – podredno preučila skladnost sporne ureditve z nadaljnjimi pogoji iz člena 5(2) Direktive.

Nasprotovanje zahtevam poklicne skrbnosti

– Skladnost pravnih zahtev

108. Očitno razliko v primerjavi z določbami Direktive je mogoče zaznati v tem, da sporna določba tudi ob ozki razlagi v celoti opušča bistveni pogoj nasprotovanja zahtevam poklicne skrbnosti, kot je podan v členu 5(2)(a) Direktive.

109. Avstrijska vlada v zvezi s tem navaja, da naj bi sporna ureditev dejansko inherentno temeljila na zahtevi poklicne skrbnosti, saj je namen te ureditve zaščita konkurence pred nevarnostmi izkoriščanja potrošnikove želje do igre. Ali so bile zahteve poklicne skrbnosti upoštevane, naj bi sodišče preverilo za vsak primer posebej, in sicer glede na posebne zahteve posameznega poklica. [84] To trditev moramo razumeti tako, da je treba v sporno nacionalno ureditev prenesti tudi to zahtevo, pa čeprav s korektivno razlago pristojnega sodišča.

110. Te navedbe v zvezi z nacionalnim pravom pa niso prepričljive, saj predložitveno sodišče v zvezi s tem vendarle izrecno opozarja, da avstrijska sodišča, drugače kot velja za že omenjeno zahtevo glede bistvenega izkrivljanja delovanja potrošnikov, [85] ne morejo preveriti, ali se napoved, ponudba ali dajanje dodatka šteje za nepošteno prakso tudi zato, ker nasprotuje zahtevam poklicne skrbnosti. [86] Zato predložitveno sodišče izraža dvom, da bi bila splošna prepoved dodatkov v današnji različici lahko skladna z Direktivo 2005/29.

– Vmesni predlog

111. Navedbe predložitvenega sodišča torej potrjujejo moje stališče, da prepoved vezanih ponudb, vsebovana v členu 9a(1), točka 1,

84 – Glej točko 47 (vloga avstrijske vlade, str. 19).
85 – Glej točko 95 teh sklepnih predlogov.
86 – Glej stran 10 predložitvenega sklepa.

UWG, ne ustreza določbam Direktive niti v zvezi z zahtevo, postavljeno v členu 5(2)(a). Temu ustrezno ni mogoče ugotoviti, da so pravne zahteve v členu 5(2)(a) skladne s tistimi v sporni ureditvi. Prav tako ni bilo prikazano, da bi v avstrijskem pravu nepoštenih poslovnih praks obstajala neka druga ureditev, ki bi približno ustrezala pravnim zahtevam iz člena 5(2)(a).

112. Glede na dejstvo, da to že zadošča za sklep o neskladnosti sporne ureditve s členom 5(2) Direktive 2005/29, se mi ne zdi potrebno nadaljevati preverjanja na podlagi te določbe Direktive.

c) Predlog

113. Iz tega izhaja, da je nacionalna ureditev, kot je člen 9a(1), točka 1, UWG, z razlago, ki določa načelno prepoved vezanih ponudb, ne da bi predvidela možnost upoštevanja vseh okoliščin posameznega primera, po svojem bistvu restriktivnejša in strožja od določb Direktive 2005/29.

114. V tem smislu velja, da se člen 9a(1), točka 1, UWG nanaša na področje, za katero velja popolna uskladitev, in da se zanj ne uporabljajo prehodne določbe člena 3(5) Direktive. Nobena izmed strank v postopku tudi ni prikazala, da naj bi se sporna nacionalna ureditev uvrstila na eno izmed področij, ki so navedena v uvodni izjavi 9 Direktive. [87] Prav tako ni mogoče uporabiti izjeme iz člena 3(9) Direktive.

115. Načelna prepoved vezave, določena v členu 9a(1), točka 1, UWG, glede na zgoraj opisano ozko razlago v bistvu pomeni razširitev končnega seznama prepovedanih poslovnih praks iz Priloge I k Direktivi, ravno to pa državam članicam ob upoštevanju popolne uskladitve, ki ji sledi Direktiva 2005/29,

87 – Kot pravilno ugotavlja Schuhmacher, W., *op. cit.* (opomba 21), str. 131, so v uvodni izjavi 9 Direktive 2005/29 navedene nekatere omejitve popolne uskladitve. Kljub temu v obravnavanem postopku predhodnega odločanja nobena izmed strank v postopku ni eksplicitno prikazala, da je te omejitve mogoče uporabiti v postopku v glavni stvari. Ob objektivni presoji se zdi, da to za ta primer tudi ne velja.

ni dovoljeno.[88] Enostransko razširjanje tega seznama je državam članicam prepovedano zaradi upoštevanja določbe člena 5(5), ki dovoljuje spremembo seznama le ob spremembi Direktive, in sicer po postopku soodločanja, predpisanem v členu 251 ES.

116. Ob upoštevanju navedenih preudarkov menim, da ureditev države članice, kot je ureditev, vsebovana v členu 9a(1), točka 1, UWG, kljub ozki razlagi ne ustreza določbam Direktive 2005/29.

Umik predloga Komisije za uredbo o pospeševanju prodaje na notranjem trgu

117. Avstrijska vlada del svoje utemeljitve opira na posamezne določbe predloga za uredbo o pospeševanju prodaje na notranjem trgu, ki ga je Komisija nazadnje umaknila.[89] Ta uredba med drugim vsebuje določbe, ki se nanašajo na ponudbo brezplačnih daril ali dodatkov oziroma možnosti udeležbe v nagradnih razpisih in nagradnih igrah. Avstrijska vlada meni, da lahko iz umika tega osnutka sklepa, da je področje uporabe, ki naj bi ga zajel osnutek uredbe o pospeševanju prodaje, še naprej neurejeno in ni zajeto z Direktivo 2005/29.

118. Stališče o posledicah, ki jih ima umik tega predloga Komisije na pravno obravnavanje vezanih ponudb, sem izčrpno podala že v sklepnih predlogih v združenih zadevah VTB-VAB in Galatea[90] ter v zadevi Plus.[91] Povod za to je bila v bistvenem enaka utemeljitev belgijske in nemške vlade v upoštevnih zadevah. Tam sem pojasnila, zakaj po mojem mnenju niti na podlagi predloga Komisije za uredbo o pospeševanju prodaje na skupnem trgu niti na podlagi sprememb predloga, predstavljenih v zakonodajnem postopku, ni mogoče sklepati o razlagi Direktive 2005/29.

88 – Abbamonte, G., *op. cit.* (opomba 57), str. 21, opozarja, da države članice zaključenega seznama prepovedanih poslovnih praks iz Priloge I k Direktivi 2005/29 ne smejo same razširjati. Če bi jim bilo to dovoljeno, bi to pomenilo obid maksimalne uskladitve, ki ji sledi ta direktiva, kar bi ogrozilo pravno varnost. Keirsbilck, B., *op. cit.* (opomba 11), str. 522, obravnava seznam prepovedanih poslovnih praks, naveden v Prilogi I, kot dokončen.

89 – Predlog Komisije za Uredbo Evropskega parlamenta in Sveta o pospeševanju prodaje na notranjem trgu z dne 15. januarja 2002, COM(2001) 546 konč.

90 – Navedeno v opombi 15, točke od 90 do 94.

91 – Navedeno v opombi 20, točke od 106 do 111.

119. Zgoraj navedeni predlog se namreč nanaša na predpis prava Skupnosti, ki navsezadnje nikdar ni začel veljati in zato nikoli ni bil sestavni del pravnega reda Skupnosti. Zato ta predlog ne more brez pomislekov biti predmet razlage. To velja še toliko bolj, če Komisija na svojo pobudo umakne ta predlog, kot je bilo v primeru navedenega osnutka uredbe. Spomniti je treba, da ima Komisija pravico do pobude, zato lahko umakne svoje predloge. Ne glede na to je treba upoštevati, da lahko Svet in Parlament te predloge v okviru zakonodajnega postopka precej spremenita, tako da jih je le pogojno mogoče uporabiti kot pomoč pri razlagi. [92] Iz tega izhaja, da lahko le ugibamo, kakšna bo končna različica take uredbe. V tem pogledu tak predlog ni primeren za utemeljitev varstva zaupanja v pravo.

120. Sploh pa se država članica ne more uspešno sklicevati na varstvo zaupanja v pravo, če je pomembno sodelovala v obeh zakonodajnih postopkih. Zakonodajna postopka glede uredbe in Direktive 2005/29 sta deloma potekala sočasno. Avstrijska vlada je kot ustavna zastopnica v Svetu zastopane države članice vplivala na oba zakonodajna postopka in je bila zato vselej obveščena o njunem poteku. Zato se ne more učinkovito sklicevati na nepoznavanje poteka obeh zakonodajnih postopkov.

121. Sodišče je poudarilo posebno odgovornost v Svetu zastopanih vlad držav članic pri prenosu direktiv. Tako je zaradi dejstva, da te sodelujejo pri pripravi direktiv, sklepalo, da morajo biti sposobne pripraviti potrebna zakonska besedila v roku, določenem za njihovo izvajanje. [93]

122. Zato bi morala avstrijska vlada najpozneje ob umiku predloga Komisije [94] po potrebi preizkusiti, koliko se stvarno področje

92 – Glej točko 83 mojih sklepnih predlogov, predstavljenih 29. oktobra 2009 v še nerešeni zadevi Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid proti Ausbanc (C-484/08). V tem smislu Riesenhuber, K., „Die Auslegung“, v: *Europäische Methodenlehre*, Berlin 2006, str. 257, točka 31. Avtor pojasnjuje, da ima zgodovinska razlaga, pri kateri gre za predzgodovino in zgodovino nastajanja, v evropskem zasebnem pravu osrednjo vlogo. Če razlaga sledi cilju ugotovitve zakonodajalčeve volje, je treba najprej ugotoviti, čigava volja je odločilna. Demokratični pristop upravičuje zakonodajalca, torej le zakonodajne organe, katerih odobritev je temelj za pravni akt v konkretnem primeru. Nasprotno imajo nekateri organi le možnost posvetovanja; tudi Komisija ima le pravico do pobude in možnost umika predlogov, njeni predlogi se v zakonodajnem postopku lahko poljubno spreminjajo. Če predlogi oziroma želje Komisije niso upoštevani, se iz tega lahko (ne pa nujno) izpelje argument *a contrario*.

93 – Sodbi z dne 1. marca 1983 v zadevi Komisija proti Belgiji, 301/81, Recueil, str. 467, točka 11, in z dne 23. novembra 2000 v zadevi Komisija proti Franciji, C-319/99, Recueil, str. I-10439, točka 10.

94 – Odločitev Komisije, da umakne svoj predlog uredbe, je bila objavljena v UL 2006, C 64, str. 3. Komisija pa je to odločitev napovedala že v svojem sporočilu „Rezultati preverjanja zakonodajnih predlogov, ki čakajo na obravnavo zakonodajalca“, COM(2005) 462 konč., str. 10, z dne 27. septembra 2005.

uporabe Direktive 2005/29 razteza tudi na področja, ki jih je doslej zajemala načrtovana uredba. Tako bi bilo verjetno treba ravnati, zlasti ker je bila ta direktiva glede na svojo prvotno zasnovo namenjena uvedbi splošnih, subsidiarnih določb na področju prava Skupnosti, ki ureja varstvo potrošnikov, in popolni uskladitvi določb držav članic o nepoštenih poslovnih praksah. [95] Avstrijski zakonodajalec bi moral glede na to, da je do umika prišlo v času, ko je rok za prenos Direktive še tekel, ta spoznanja upoštevati pri prilagoditvi nacionalnega prava.

123. Na koncu je treba opozoriti, da Sodišče v sodbi VTB-VAB in Galatea ni obravnavalo v bistvenem enake utemeljitve belgijske vlade, s čimer je implicitno izrazilo, da ne podpira razmišljanja v tej smeri. To je bilo nazadnje potrjeno v sodbi Plus. [96]

95 – Tako tudi Stuyck, J., *op. cit.* (opomba 18), str. 161, ki domneva, da nekaterim državam članicam očitno ni bilo jasno, da so v Direktivi 2005/29 (glede na njen cilj popolne uskladitve) na koncu ponovno vsebovane določbe umaknjenega predloga uredbe, ki so zadevale razmerje med trgovcem in potrošnikom.

96 – Sodba Plus (navedena v opombi 5, točka 33).

124. Zato je treba te trditve zavrniti.

5. Sklepi

125. Če povzamem, je treba ugotoviti, da zoper skladnost sporne nacionalne ureditve z določbami Direktive 2005/29 najprej govori dejstvo, da je za nacionalno ureditev, zasnovano kot načelna prepoved, značilna struktura, ki ne omogoča presoje glede poštenosti konkretne poslovne prakse v posameznem primeru tako, kot jo omogoča Direktiva. [97]

126. Poleg tega je treba ugotoviti, da v sporni nacionalni ureditvi – niti ob ozki razlagi, ki jo podaja avstrijska sodna praksa – ni mogoče videti pravilnega prenosa določb iz člena 5(2), (4) in (5) Direktive. To izhaja iz tega, da zakonski pogoji v nacionalnem pravu ne ustrezajo pogojem Direktive za uvrstitev neke poslovne prakse med nepoštene prakse ali pa jih ni mogoče razlagati v skladu z Direktivo.

97 – Glej točke od 76 do 79 teh sklepnih predlogov.

127. Ker Direktiva 2005/29 nasprotuje prepovedi vezanih ponudb, kot na primer prepovedi na podlagi člena 9a(1), točka 1, UWG, ni treba obravnavati morebitne kršitve temeljnih svoboščin. [98]

128. Glede na navedeno je treba na prvo vprašanje za predhodno odločanje odgovoriti, da določbe Direktive 2005/29 nacionalni ureditvi, v skladu s katero sta napoved, ponudba ali dajanje brezplačnih dodatkov k periodičnemu tisku ter napoved brezplačnih dodatkov k drugim proizvodom ali storitvam, ne glede na taksativno naštete izjeme, nedopustni, ne da bi bilo treba v vsakem posameznem primeru preveriti, ali je takšna praksa zavajajoča, agresivna ali drugače nepoštena, nasprotujejo tudi takrat, kadar se ta ureditev ne uporablja le za zaščito potrošnikov, ampak tudi za druge namene, ki niso zajeti z vsebinskim področjem uporabe Direktive, kot je na primer ohranjanje pluralizma medijev ali zaščita šibkejših konkurentov.

129. Na koncu naj v zvezi s tem spomnim na to, da – drugače, kot se zdi, da meni predložitveno sodišče [99] – v skladu s sodno prakso Sodišča [100] pravo Skupnosti nikakor ne zahteva, da nacionalna sodišča v sporu med posamezniki ne uporabijo nacionalnega prava, ki ni skladno z upoštevno direktivo.

C – *Drugo vprašanje za predhodno odločanje*

130. Cilj drugega vprašanja za predhodno odločanje je ob razumni razlagi v bistvu ugotovitev Sodišča, ali se neka poslovna praksa v okoliščinah, za katere predložitveno sodišče očitno meni, da so podane, lahko šteje za „nepošteno“ v smislu člena 5(2) Direktive 2005/29. V konkretnem primeru predložitveno sodišče v svojih izvajanjih izhaja iz premise, da „je s pridobitvijo časopisa povezana možnost sodelovanja v nagradni igri vsaj za del zadevne javnosti, če ne edini, pa zagotovo odločilni razlog za nakup časopisa.“

98 – Glej sodbo VTB-VAB in Galatea (navedena v opombi 4, točka 67).

99 – Glej točko 2.2 na strani 13 predložitvenega sklepa. Tam predložitveno sodišče, kot samo navaja, izhaja iz „brezpredmetnosti“ člena 9a(1), točka 1, UWG, če Sodišče pritrdilno odgovori na prvo vprašanje za predhodno odločanje.

100 – V zvezi s horizontalnim neposrednim učinkom direktiv glej sodbi Marleasing (navedena v opombi 64, točka 6) in Faccini Dori (navedena v opombi 61, točka 24 in naslednja) ter sodbo z dne 26. septembra 2000 v zadevi Unilever Italia, C-443/93, Recueil, str. I-7535, točka 50. V zvezi z možnostjo odškodninske tožbe zoper državo po pravu Skupnosti, če nacionalnih določb ni mogoče razlagati na način, ki bi bil skladen z upoštevno direktivo, glej sodbe z dne 8. oktobra 1996 v združenih zadevah Dillenkofer in drugi, C-178/94, C-179/94 ter od C-188/94 do C-190/94, Recueil, str. I-4845; z dne 24. septembra 1998 v zadevi Evo-Bus Austria, C-111/97, Recueil, str. I-5411, točki 27 in 28, in z dne 28. oktobra 1999 v zadevi Alcatel Austria, C-81/98, Recueil, str. I-7671, točki 49 in 50.

Ta značilnost je upoštevna predvsem za razjasnitev vprašanja, ali v konkretnem primeru lahko govorimo o bistvenem izkrivljanju ekonomskega delovanja povprečnega potrošnika v skladu s členom 5(2)(b) Direktive.

131. Člen 5(2)(b) Direktive jasno določa, da gre predvsem za učinek, ki ga ima neka poslovna praksa na delovanje povprečnega potrošnika, ki ga doseže ali je nanj usmerjena. S to določbo Direktive pa se ne le prevzame analitična metoda, ki jo je razvilo Sodišče, temveč se ta metoda še izboljša, s tem da se prilagodi za situacije, ki se nanašajo na interese posebnih skupin. [101] Če se neka poslovna praksa nanaša na posebno skupino potrošnikov, je odločilno to, ali ta poslovna praksa bistveno izkrivlja ali bi lahko izkrivljala ekonomsko delovanje povprečnega člana te skupine. Pri tej analizi je treba upoštevati predvsem vidik tega povprečnega potrošnika, pri čemer se upoštevajo zlasti njegova pričakovanja in predvideni odzivi. [102]

132. Glede na dejstvo, da je bilo vabilo k sodelovanju pri nagradni igri, ki ga je tožena stranka v postopku v glavni stvari objavila v svojem časopisu, očitno objavljeno v splošnem časopisu, ne pa na primer v športnem časopisu, je nacionalno sodišče dolžno preučiti, koliko je ta ponudba v nekaterih okoliščinah namenjena posebni skupini bralcev in je zato za presojo treba uporabiti to drugo merilo.

133. Ne glede na to je treba spomniti, da morajo biti za ugotovitev nepoštenosti neke poslovne prakse v smislu člena 5(2) kumulativno podane predpostavke iz točk a in b tega člena. [103] Iz tega izhaja, da bi bilo v postopku v glavni stvari treba dodatno ugotoviti kršitev zahtev poklicne skrbnosti. Pojem „poklicne skrbnosti“ je v členu 2(h) Direktive opredeljen kot „raven strokovnega znanja in skrbi, za katero se razumno pričakuje, da jo trgovec upošteva v razmerju do potrošnikov, in ki je sorazmerna s pošteno tržno prakso in/ali splošnim načelom dobre vere na področju dejavnosti trgovca.“ Nacionalno sodišče v posameznem primeru presodi, ali je taka kršitev podana v postopku v glavni stvari.

134. Zato je treba na drugo vprašanje za predhodno odločanje odgovoriti, da s pridobitvijo časopisa povezana možnost sodelovanja v nagradni igri ni nepoštena poslovna praksa v smislu člena 5(2) Direktive 2005/29 ne samo zato, ker je ta možnost sodelovanja vsaj za del zadevne javnosti, če ne edini, pa zagotovo odločilni razlog za nakup časopisa.

101 – V tem smislu tudi Abbamonte, G., *op. cit.* (opomba 57), str. 25, ki govori o izboljšavi na podlagi prilagoditve te analitične metode, kadar gre za interese posebnih skupin.

102 – Abbamonte, G., *op. cit.* (opomba 57), str. 25, navaja primere za uporabo tega pravila. Če se neka poslovna praksa nanaša na posebno skupino potrošnikov, na primer na otroke ali raketne tehnike, je treba upoštevati predvsem vidik povprečnega člana te skupine. Pri oglaševanju igrač med otroško oddajo se po mnenju avtorja upoštevajo predvsem pričakovanja in predvideni odzivi povprečnega otroka v tej ciljni skupini, ne upoštevajo pa se pričakovanja in odzivi, ki so značilni za izjemno nezrelega otroka.

103 – Glej točko 93 teh sklepnih predlogov.

VII – Predlog

135. Glede na navedene ugotovitve Sodišču predlagam, naj na vprašanji za predhodno odločanje, ki ju je predložilo Oberster Gerichtshof, odgovori tako:

1. Določbe Direktive Evropskega parlamenta in Sveta 2005/29/ES z dne 11. maja 2005 o nepoštenih poslovnih praksah podjetij v razmerju do potrošnikov na notranjem trgu ter o spremembi Direktive Sveta 84/450/EGS, direktiv Evropskega parlamenta in Sveta 97/7/ES, 98/27/ES in 2002/65/ES ter Uredbe (ES) št. 2006/2004 Evropskega parlamenta in Sveta (Direktiva o nepoštenih poslovnih praksah) je treba razlagati tako, da nacionalni ureditvi, kot je člen 9a(1), točka 1, UWG, v skladu s katero sta napoved, ponudba ali dajanje brezplačnih dodatkov k periodičnemu tisku ter napoved brezplačnih dodatkov k drugim proizvodom ali storitvam, ne glede na taksativno naštete izjeme, nedopustni, ne da bi bilo treba v vsakem posameznem primeru preveriti, ali je takšna praksa zavajajoča, agresivna ali drugače nepoštena, nasprotujejo tudi takrat, kadar se ta ureditev ne uporablja le za zaščito potrošnikov, ampak tudi za druge namene, ki niso zajeti z vsebinskim področjem uporabe Direktive, kot je na primer ohranjanje pluralizma medijev ali zaščita šibkejših konkurentov.

2. S pridobitvijo časopisa povezana možnost sodelovanja v nagradni igri ni nepoštena poslovna praksa v smislu člena 5(2) Direktive 2005/29 samo zato, ker je ta možnost sodelovanja vsaj za del zadevne javnosti, če ne edini, pa zagotovo odločilni razlog za nakup časopisa.