ЗАКЛЮЧЕНИЕ НА ГЕНЕРАЛНИЯ АДВОКАТ
Г-ЖА V. TRSTENJAK
представено на 24 март 2010 година[1]

Съдържание

I — Въведение ..... I - 10913

II — Правна уредба ..... I - 10914

А — Общностна правна уредба ..... I - 10914

Б — Национална правна уредба ..... I - 10916

III — Фактите, спорът по главното производство и преюдициалният въпрос ..... I - 10917

IV — Производство пред Съда ..... I - 10918

V — Основни доводи на страните ..... I - 10919

А — По първия преюдициален въпрос ..... I - 10919

Б — По втория преюдициален въпрос ..... I - 10921

VI — Правен анализ ..... I - 10922

А — Уводни бележки ..... I - 10922

Б — По първия преюдициален въпрос ..... I - 10923

1. Понятието „търговски практики“ в член 2, буква г) от Директива 2005/29 ..... I - 10924

2. Приложно поле ratione personae на Директива 2005/29 ..... I - 10924

а) Областта, уредена с Директива 2005/29 ..... I - 10925

1 — Език на оригиналния текст: немски.

б) Целта за защита, преследвана със забраната по член 9а, параграф 1, точка 1 от UWG ..... I - 10928

i) По претеглянето по различен начин на отделните правни интереси, предмет на защита ..... I - 10928

ii) Анализ на приложимите национални разпоредби и съдебна практика ..... I - 10930

в) Заключение ..... I - 10932

3. Анализ на структурата на двата нормативни акта ..... I - 10932

а) Разпоредбите на Директива 2005/29 ..... I - 10932

i) Цялостно и максимално сближаване на националните правни уредби като регулаторна цел ..... I - 10933

ii) Регулаторна структура на Директива 2005/29 ..... I - 10934

б) Разпоредбите на UWG ..... I - 10935

i) Представяне на регулаторната структура на забраната по член 9а, параграф 1, точка 1 от UWG ..... I - 10936

4. Съвместимост на спорната разпоредба с Директива 2005/29 ..... I - 10937

а) исаното национално право ..... I - 10937

i) Инверсия на регулаторната схема ..... I - 10937

ii) Недостатъчен характер на изключенията, предвидени с член 9а, параграф 2 от UWG ..... I - 10938

iii) Междинно заключение ..... I - 10939

б) Възможност за съобразено с Директивата тълкуване ..... I - 10940

i) Проверка въз основа на разпоредбите на Директивата ..... I - 10941

— Член 5, параграфи 4 и 5 от Директива 2005/29 ..... I - 10941

— Член 5, параграф 2 от Директива 2005/29 ..... I - 10943

в) Заключение ..... I - 10950

5. Заключения ..... I - 10953

В — По втория преюдициален въпрос ..... I - 10954

VII — Заключение ..... I - 10956

I — Въведение

1. В настоящото преюдициално производство на основание член 234 ЕО [2] Oberster Gerichtshof (Върховен съд) на Австрия (наричан по-нататък „запитващата юрисдикция“) сезира Съда с два преюдициални въпроса относно тълкуването на Директива 2005/29/ЕО за нелоялни търговски практики на вътрешния пазар [3] (наричана по-нататък „Директива 2005/29“). В случая става въпрос по същество за съвместимостта с общностното право на национална разпоредба, която забранява обявяването, предлагането и предоставянето на безплатни добавки към периодичните издания, както и обявяването на безплатни добавки към други стоки или услуги, без да предвижда задължение за проверка във всеки отделен случай дали подобна търговска практика е заблуждаваща.

2 — Съгласно Договора от Лисабон за изменение на Договора за Европейския съюз и на Договора за създаване на Европейската общност, подписан в Лисабон на 13 декември 2007 г. (ОВ C 306, 2007 г., стр. 1) преюдициалното запитване понастоящем е уредено в член 267 от Договора за функционирането на Европейския съюз.

3 — Директива 2005/29/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 11 май 2005 година относно нелоялни търговски практики от страна на търговци към потребители на вътрешния пазар и изменение на Директива 84/450/ЕИО на Съвета, Директиви 97/7/ЕО, 98/27/ЕО и 2002/65/ЕО на Европейския парламент и на Съвета, и Регламент (ЕО) № 2006/2004 на Европейския парламент и на Съвета („Директива за нелоялни търговски практики“) (ОВ L 149, стр. 22; Специално издание на български език, 2007 г., глава 15, том 14, стр. 260).

2. В основата на преюдициалното запитване се намира иск за преустановяване на нарушение, подаден по реда на обезпечителното производство от Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG (наричано по-нататък „жалбоподател в главното производство“) срещу „Österreich“-Zeitungsverlag GmbH (наричано по-нататък: „ответник в главното производство“) по повод на антиконкурентно използване на добавка под формата на конкурс с награди, която по принцип е забранена от националното право.

3. След съединени дела VTB-VAB (C-261/07) и Galatea (C-299/07) [4] и след дело Plus Warenhandelsgesellschaft (C-304/08) [5] настоящото дело е вече третото по преюдициални запитвания, с които националните юрисдикции сезират Съда с въпроса за съвместимостта на постановени от държавите членки забрани на свързаните оферти с Директива 2005/29. Един от основните въпроси, отграничаващ настоящото дело от досегашните и поради това изискващ внимателна правна проверка, е свързан с възможността за осъществяване на такава проверка на съвместимостта и когато се твърди, че регулаторната цел на съответната национална разпоредба е защитата както на медийния плурализъм, така и на конкурентите.

4 — Решение от 23 април 2009 г. по дело VTB-VAB и Galatea (C-261/07 и C-299/07, Сборник, стр. I-2949).

5 — Решение от 14 януари 2010 г. по дело Plus Warenhandelsgesellschaft (C-304/08, Сборник, стр. I-217).

II — Правна уредба

A — *Общностна правна уредба*

4. Член 1 от Директива 2005/29 гласи:

„Целта на настоящата директива е да допринесе за правилното функциониране на вътрешния пазар и постигане на високо ниво на защита на потребителите чрез сближаване на законовите, подзаконови и административни разпоредби на държавите членки по отношение на нелоялните търговски практики, накърняващи икономическите интереси на потребителите“.

5. Член 2 от Директива 2005/29 определя:

„За целите на настоящата директива:

[...]

г) „търговски практики от търговците към потребителите“ (наричани подолу за краткост „търговски практики“) са всяко действие, бездействие,

поведение[, подход или] търговски съобщения, включително реклама и маркетинг, извършвани от търговец, пряко свързан[и] с [рекламиране], продажба или доставка на стока [на] потребители;

[...]“.

6. Член 3, параграф 1 от Директива 2005/29 предвижда:

„Настоящата директива се прилага по отношение на нелоялни търговски практики от страна на търговците към потребителите, съгласно разпоредбата на член 5, преди, по време на и след търговска сделка във връзка със стока“.

7. Член 4 от Директивата гласи:

„Държавите членки няма да ограничават нито свободата за предоставяне на услуги, нито свободното движение на стоки по причини, попадащи в областта на сближаването, постигнато с настоящата директива“.

8. Член 5 от Директивата, озаглавен „Забрана за нелоялни търговски практики“, предвижда:

„1. Забраняват се нелоялните търговски практики.

2. Една търговска практика е нелоялна, ако:

а) противоречи на изискванията за дължимата професионална грижа,

и

б) съществено изопачава или е възможно да изопачи съществено икономическото поведение по отношение на продукта на средния потребител, до когото достига или за когото е предназначена стоката, или на средния представител на група, когато една търговска практика е ориентирана към група потребители.

3. Търговски практики, които е възможно да изопачат съществено икономическото поведение само на ясно установима група потребители, които са особено уязвими към практиката или към основния

продукт поради своята физическа или умствена недоразвитост, възраст или лекомислие по начин предвидим за търговеца, се оценяват от гледна точка на средния представител на тази група. Това не засяга обичайната и законосъобразна рекламна практика на преувеличени изявления или изявления, които не трябва да се приемат буквално.

4. По-специално търговските практики са нелоялни, когато:

а) са заблуждаващи по смисъла на членове 6 и 7,

или

б) са агресивни по смисъла на членове 8 и 9.

5. Приложение I съдържа списъка на тези търговски практики, които се считат за нелоялни при всякакви обстоятелства. Същият списък се прилага във всички държави членки и може да бъде променян само чрез изменение на настоящата директива“.

9. Обявяването, предлагането или предоставянето на безплатни добавки към периодичните издания не фигурира сред изброените в приложение I към Директивата търговски практики, които се считат за нелоялни при всякакви обстоятелства.

Б — *Национална правна уредба*

10. Член 9а, параграф 1 от австрийския Закон срещу нелоялната конкуренция (наричан по-нататък „UWG“) [6] гласи следното:

„Иск за преустановяване на нарушение и иск за обезщетение за вреди може да се предявят срещу всяко лице, което при упражняването на търговска дейност за целите на конкуренцията

1. в публикации или други съобщения, предназначени за широката общественост, обявява, че предоставя на потребителите безплатни добавки (награди) заедно със стоките или услугите, или предлага, обявява или предоставя на потребителите безплатни добавки (награди) заедно с периодичните издания, или

6 — Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb 1984 — UWG (BGBl. Nr. 448), изменен със Закона от 13 ноември 2007 г. (BGBl. I Nr. 79/2007).

2. предлага, обявява или предоставя на търговците безплатни добавки (награди) заедно със стоките или услугите. Това се прилага и в случаите, когато безвъзмездният характер на добавката се прикрива чрез общи цени на стоките или услугите, фиктивни цени на добавката или по друг начин“.

III — Фактите, спорът по главното производство и преюдициалният въпрос

11. Според предоставените от запитващата юрисдикция данни тя следва да се произнесе по спор между двама конкуренти на австрийския пазар на ежедневници относно обявяването на избор на „Футболист на годината“ от страна на ответника в главното производство в неговия вестник. Уводът на статия, отпечатан с получер шрифт, гласи: „Струва си да участвате: спечелете вечеря с победителя от големия избор на футболист на годината“. Вляво от статията е поместен „талон за избор“ с надпис „Изрежете и изпратете“. Вдясно се указва възможността за гласуване по интернет. Подобни статии са публикувани през следващите девет дни.

12. По искане на ищеца първоинстанционната юрисдикция приема, че обявяването съставлява добавка, забранена по смисъла на член 9а, параграф 1, точка 1 от UWG, и с определение по реда на обезпечителното производство уважава искането за преустановяване на обявяването. За разлика от това апелативната юрисдикция приема, че обявяването няма значително въздействие върху пазара, което решение ищецът обжалва, като сезира запитващата юрисдикция с искане за възстановяване на първоинстанционното определение по обезпечителното производство. По предварителната преценка на запитващата юрисдикция, въз основа на член 9а, параграф 1, точка 1 от UWG искането на жалбоподателя би следвало да бъде уважено. При все това тази юрисдикция има съмнения дали Директивата допуска прилагането на член 9а, параграф 1, точка 1 от UWG, което според нея зависи от тълкуването на приложното поле на Директивата.

13. При тези условия Oberster Gerichtshof решава да спре производството по делото и да постави на Съда следните преюдициални въпроси:

„1) Национална разпоредба, която с изключение на няколко изчерпателно изброени случая забранява обявяването, предлагането и предоставянето на безплатни добавки към периодичните

издания, както и обявяването на безплатни добавки към други продукти и услуги, без да предвижда задължение за проверка във всеки отделен случай дали подобна търговска практика е заблуждаваща, агресивна или нелоялна, противоречи ли на член 3, параграф 1 и член 5, параграф 5 от Директива 2005/29/ЕО или на други разпоредби от тази директива дори когато с тази национална разпоредба се преследват не само целите за защита на потребителите, но и други цели, които не попадат в материалния обхват на посочената директива, например за запазване на медийния плурализъм или за защита на по-слабите конкуренти?

2) При утвърдителен отговор на първия въпрос:

Свързаната със закупуване на вестник възможност за участие в игра с награда представлява ли нелоялна търговска практика по смисъла на член 5, параграф 2 от Директива 2005/29/ЕО само поради факта че поне за част от съответните потребители тази възможност за участие се явява наистина не единственото, но със сигурност решаващото съображение за закупуването на вестника?“.

IV — Производство пред Съда

14. Актът за преюдициално запитване от 18 ноември 2008 г. постъпва в секретариата на Съда на 4 декември 2008 г.

15. В срока по член 23 от Статута на Съда писмени становища представят страните в главното производство, правителствата на Република Австрия и на Кралство Белгия, както и Европейската комисия.

16. Процесуалните представители на страните в главното производство, представителите на правителствата на Република Австрия и на Федерална република Германия, както и представителят на Комисията излагат устно становищата си в съдебното заседание от 19 януари 2010 г.

V — Основни доводи на страните

А — *По първия преюдициален въпрос*

17. С първия си въпрос запитващата юрисдикция иска по същество да се установи дали разпоредба на държава членка, която по принцип забранява продажбата на стоки чрез използването на безплатни добавки, попада в приложното поле на Директива 2005/29, въпреки че тази разпоредба няма за цел единствено защитата на потребителите.

18. Жалбоподателят в главното производство, както и австрийското и белгийското правителство предлагат на Съда да отговори отрицателно на този въпрос.

19. В това отношение те отбелязват, от една страна, че промоциите на продажбите са били предмет на предложение за регламент, което ясно разграничавало юридическото третиране на такива мерки за промоции на продажбите от това на нелоялните търговски практики, понастоящем уредени от Директива 2005/29. При все това посоченото предложение е оттеглено от Комисията през 2006 г., и по-точно една година след приемането на Директивата. Следователно, според тях, не може да се твърди, че промоциите на продажбите попадат имплицитно в приложното поле на Директивата. Освен това те поддържат, че както е видно от съображение 6 от нея, Директивата има за цел пряката защита на икономическите интереси на потребителите, с оглед на което тя не може да се прилага към национални разпоредби като разглежданата в главното производство, с които се преследват преди всичко други цели, а именно за защита на конкурентите и за запазване на медийния плурализъм, и само непряко защитата на потребителите.

20. За изчерпателност *жалбоподателят в главното производство* и *австрийското правителство* изтъкват, че забраната на продажбата чрез използването на безплатни добавки, предвидена в член 9а, параграф 1, точка 1 от UWG, във всеки случай е съвместима с Директивата.

21. Всъщност по силата на член 5, параграф 2 от Директива 2005/29 тя позволявала на държавите членки да квалифицират като нелоялни и съответно да забраняват такива търговски практики, които противоречат на изискванията за дължимата професионална грижа и които е възможно да изопачат съществено икономическото поведение на средния потребител. При все това, според тях, спорната забрана, установена от държавата членка, се прилага само ако националният съд установи, че потребителят е закупил изданието по субективни причини, свързани с перспективата за евентуално ползване на допълнителни предимства, и следователно такива предимства не попадали сред изключенията, посочени в член 9а, параграф 2 от

UWG. Освен това националните юрисдикции извършвали съответна преценка във всеки отделен случай.

22. Според *жалбоподателя в главното производство* в това отношение австрийската разпоредба се отличава съществено от разпоредбите, предмет на разглеждане по съединени дела VTB-VAB (C-261/07) и Galatea (C-299/07), посочени по-горе, и по дело Plus Warenhandelsgesellschaft (C-304/08), посочено по-горе, доколкото тези разпоредби са съдържали общи забрани и поради това не са отчитали специалните обстоятелства на съответния конкретен случай.

23. *Ответникът в главното производство* застъпва противната теза, че съгласно съображение 6 от Директива 2005/29 в приложното ѝ поле не попадат единствено онези национални разпоредби, които увреждат „само“ икономическите интереси на конкурентите или които са свързани със сделките между търговци. Според него случаят обаче категорично не е такъв по отношение на спорната разпоредба, тъй като член 9а, параграф 1, точка 1 от UWG има за приоритетна и пряка цел защитата на потребителите.

24. Освен това той счита предвидената в тази разпоредба забрана за несъвместима с регулаторния подход на Директивата, поради съображението че макар да не фигурират в съдържащия се в приложение I към Директива 2005/29 списък на тези търговски практики, които се считат за нелоялни при всички обстоятелства, промоциите на продажбите чрез използването на безплатни добавки попадат под общата забрана, предвидена в австрийското право, както посочвал Oberster Gerichtshof в своя акт за преюдициално запитване.

25. В хода на съдебното заседание *германското правителство* се позовава на дело Plus Warenhandelsgesellschaft (C-304/08), посочено по-горе, и отбелязва, че независимо от пълното хармонизиране, което Директива 2005/29 преследва като цел, свободата, с която държавите членки разполагат при транспонирането, не се засяга. Това важало именно с оглед на транспонирането в националното право на понятия, изискващи уточняване, като съдържащите се в легалните дефиниции по Директива 2005/29. Освен това германското правителство застъпва позицията, че Директива 2005/29 допуска национална разпоредба, ако тя преследва цел, различна от тази на Директивата.

26. От своя страна *Комисията* застъпва различно правно становище, като изтъква, от една страна, че Директива 2005/29 не допуска обща и абстрактна забрана като съдържащата се в спорната правна разпоредба, но от друга страна, стига до извода, че тази правна разпоредба не попада в приложното поле на Директивата, поради това че с нея се преследват преди всичко други цели, а именно за запазване

на медийния плурализъм и само в по-малка степен за защита на потребителите и за лоялност на търговските практики.

Б — *По втория преюдициален въпрос*

27. Ако Съдът даде утвърдителен отговор на първия преюдициален въпрос, запитващата юрисдикция иска да се установи дали продажбата чрез използване на безплатни добавки трябва да се разглежда като нелоялна търговска практика по смисъла на член 5, параграф 2 от Директива 2005/29 само поради факта че поне за част от съответните потребители тази възможност за участие се явява наистина не единственото, но със сигурност решаващото съображение за закупуването на основната стока.

28. Предвид обстоятелството, че както *австрийското*, така и *белгийското правителство* дават отрицателен отговор на първия преюдициален въпрос, те не изразяват становище по втория преюдициален въпрос, докато по съображения за изчерпателност *жалбоподателят в главното производство* и *Комисията* съответно вземат отношение по него.

29. *Жалбоподателят в главното производство* се ограничава до това да констатира, че спорните действия на ответника в главното производство съставляват нелоялна търговска практика, но не посочва доказателства в този смисъл.

30. Според *Комисията* обстоятелството, че възможността за участие в игра с награди представлява решаващото съображение на потребителя за закупуването на дадено печатно издание, само по себе си не допуска да се приеме, че е налице нелоялна практика по смисъла на Директива 2005/29, а съставлява само един от елементите, които националният съд може да вземе предвид в рамките на преценката на отделния случай.

31. От своя страна *ответникът в главното производство* подчертава, че понятието за търговска практика се позовава на средния потребител, описан в практиката на Съда като „относително осведомен и в разумни граници наблюдателен и съобразителен“. Така описаният потребител съзнава факта, че в рамките на свободна пазарна икономика рекламата и промоциите на продажбите имат за цел да привлекат клиенти, при това не само с цената и качеството на даден продукт, но и с обещанието за други предимства. Ето защо, според ответника в главното производство, продажбата чрез използване на безплатни добавки може да представлява нелоялна търговска практика само по изключение, а именно когато офертата е изготвена по такъв начин, че е възможно да накара потребителя да закупи основния продукт, например не поради обективни съображения, а единствено заради перспективата да получи допълнително предимство.

VI — Правен анализ

А — *Уводни бележки*

32. Настоящото дело е вече третото по ред по преюдициални запитвания, с които националните юрисдикции искат Съдът да установи доколко е възможно наложени от държавите членки забрани на свързани оферти да се разглеждат все още като съвместими с общностното право на днешния му етап на развитие. Релевантността на този въпрос произтича не на последно място от обстоятелството, че приетата на 11 май 2005 г. от Европейския парламент и Съвета Директива 2005/29 има за цел създаването на единна правна рамка за регулиране на нелоялните търговски практики спрямо потребителите.

33. С оглед на преследваната с нея цел за пълна хармонизация на нормативната уредба относно нелоялните търговски практики от страна на търговци към потребители [7] в държавите — членки на Общността, този въпрос се отнася до съответствието с общностното право не само на нови разпоредби, приети от държавите членки за целите на транспонирането на Директивата, но и именно на разпоредби, които — като спорната в случая разпоредба на член 9а, параграф 1 от UWG — макар да са влезли в сила още преди приемането на Директивата, от гледна точка на съответната държава членка все пак имат транспонираща функция.

34. С оглед на ограничената свобода на действие, която пълната хармонизация по принцип предоставя на държавите членки по отношение на транспонирането на дадена директива, запазването на действието на такива по-стари разпоредби невинаги се оказва безпроблемно от правна гледна точка. Всъщност, макар в крайна сметка да попадат в приложното поле на съответната директива, често те не съответстват на изискванията на директивата. Такъв е бил случаят, както е видно от дело VTB-VAB, посочено по-горе, и от дело Galatea, посочено по-горе, както и от дело Plus Warenhandelsgesellschaft, посочено по-горе, при транспонирането на Директива 2005/29 в Белгия [8] и в Германия [9].

7 — Вж. Решение по дело VTB-VAB и Galatea (посочено в бележка под линия 4, точка 52) и Решение по дело Plus Warenhandelsgesellschaft (посочено в бележка под линия 5, точка 41).
При евентуална по-голяма степен на хармонизация на правото в областта на конкуренцията и на договорното право в Европейския съюз следва надлежно да се отчитат изискванията на „Draft Common Frame of Reference“ (DCFR), тъй като една от централните му теми е точно защитата на потребителите, например като се налагат на търговците задължения за предоставяне на потребителите на специална информация относно основните характеристики на закупените стоки и на получените услуги (вж. например член II-3:102 от DCFR. Тези „добри търговски практики“ в известен смисъл са в разрез със „забранените търговски практики“, изброени в приложение I към Директива 2005/29.

8 — Въпросните разпоредби са член 54 и сл. от белгийския Закон относно търговските практики и относно информацията и защитата на потребителя от 14 юли 1991 г.

9 — Става въпрос за член 3 и член 4, точка 6 от германския Закон срещу нелоялната конкуренция (Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, UWG, BGBl. 2004 I, стр. 1414), последно изменен с член 1 от Първи закон за изменение (Erstes Änderungsgesetz) от 22 декември 2008 г. (BGBl. I, стр. 2949).

35. Съгласно член 20 от Директива 2005/29 тя влиза в сила в деня след нейното публикуване в *Официален вестник на Европейския съюз*, т.е. на 12 юни 2005 г. Според член 19, параграф 1 от нея държавите членки са длъжни да я транспонират в националното си право чрез приемане на необходимите законови, подзаконови и административни разпоредби в срок до 12 юни 2007 г., но с допълнителен преходен период от шест години за определени по-ограничителни национални разпоредби. Тези законови, подзаконови и административни разпоредби обаче подлежат на прилагане едва от 12 декември 2007 г.

36. Република Австрия формално е изпълнила това задължение за транспониране чрез приемането на федералния закон за изменение на Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb 1984, UWG (UWG-Novelle 2007) (Закон от 2007 г. за изменение на UWG), влязъл в сила на 12 декември 2007 г.[10] При все това, както вече се посочи, спорната разпоредба на член 9а, параграф 1, точка 1 от UWG е приета не в процеса на транспониране на Директива 2005/29, а в рамките на предишно национално законодателство[11]. В своя акт за преюдициално запитване запитващата юрисдикция изразява резерви относно съвместимостта на тази разпоредба с общностното право[12].

10 — BGBl. I Nr. 79/2007.

11 — Забраната за добавки по член 9а от UWG, първоначално уредена с Prämiengesetz от 20 юни 1929 г. (BGBl. 227) и впоследствие с Zugabegesetz 1934, е инкорпорирана в UWG с Wettbewerbs-Deregulierungsgesetz 1992 (BGBl. 1992/147). Относно генезиса на тази разпоредба вж. *Duursma*, D., in: UWG — Kommentar (ed. Maximilian Gumpoldsberger/Peter Baumann), Wien 2006, § 9a, No. 1, p. 276 и *Wiltschek*, L.,in: UWG — Kommentar, 2. ed., Wien 2007, § 9a, p. 44.

12 — Вж. по-конкретно стр. 9 и 10 от акта за преюдициално запитване.

Б — *По първия преюдициален въпрос*

37. Първо, следва да се отбележи, че в рамките на производство по член 234 ЕО не е от компетентността на Съда да се произнася относно съвместимостта на дадена национална мярка с общностното право. Той обаче може да дава на запитващата юрисдикция всички насоки за тълкуване на общностното право, които могат да я улеснят в преценката ѝ за тази съвместимост при решаването на делото, с което е сезирана[13].

38. Първият преюдициален въпрос цели да бъде внесена яснота по въпроса дали национална разпоредба като тази на член 9а, параграф 1, точка 1 от UWG противоречи на Директива 2005/29. За тази цел първо трябва да бъде уточнено дали с оглед на своя предмет на регулиране подобна разпоредба попада в материалното приложно поле и в приложното поле ratione personae на Директива 2005/29. На следващо място, е необходимо да се провери дали Директива 2005/29 трябва да се тълкува в смисъл, че правните последици от нарушението на тази разпоредба, предвидени от австрийското право, също попадат в нейното приложно поле.

13 — Вж. по-конкретно Решение от 15 юли 1964 г. по дело Costa/E.N.E.L. (6/64, Recueil, стр. 1251, 1268), Решение от 29 ноември 2001 г. по дело De Coster (C-17/00, Recueil, стр. I-9445, точка 23) и Решение от 16 януари 2003 г. по дело Pansard и др. (C-265/01, Recueil, стр. I-683, точка 18).

1. Понятието „търговски практики“ в член 2, буква г) от Директива 2005/29

39. Според запитващата юрисдикция член 9а, параграф 1, точка 1 от UWG забранява на търговците да обявяват на потребителите безплатни добавки към стоки или услуги. Ето защо следва да се приеме, че е налице забрана на свързаните оферти.

40. Освен това тази забрана би следвало да обхваща и търговските практики по смисъла на член 2, буква г) от Директива 2005/29. Посредством използването на особено широка формулировка тази разпоредба определя понятието за търговска практика [14] като „всяко действие, бездействие, поведение[, подход или] или представяне, търговски съобщения, включително реклама и маркетинг, извършвани от търговец, пряко свързан[и] с [рекламиране], продажба или доставка на стока [на] потребители“.

41. Както подробно посочвам в заключението си по съединени дела VTB-VAB (C-261/07) и Galatea (C-299/07) [15], посочени по-горе, и както потвърждава Съдът в решението по тези дела [16], свързаните оферти представляват търговски действия, които ясно се вписват в рамките на търговската стратегия на даден стопански субект и са пряко насочени към промоцията и продажбата. Следователно те наистина представляват търговски практики по смисъла на член 2, буква г) от Директивата, така че уредената в член 9а, параграф 1 точка 1 от UWG забрана на свързаните оферти попада в нейното материално приложно поле [17].

2. Приложно поле ratione personae на Директива 2005/29

42. Въпросът дали спорната национална разпоредба на член 9а, параграф 1, точка 1 от UWG попада в приложното поле ratione personae на Директивата зависи от това дали тази разпоредба има за цел защитата на потребителите, също както самата директива.

14 — Вж. Решение по дело VTB-VAB и Galatea (посочено в бележка под линия 4, точка 49) и Решение по дело Plus Warenhandelsgesellschaft (посочено в бележка под линия 5, точки 36 и 39). Вж. *Keirsbilck*, B. Towards a single regulatory framework of unfair commercial practices? — European business law review. No. 4/2009, p. 505, според който Директива 2005/29 се характеризира с много широкото си приложно поле.

15 — Вж. моето заключение, представено на 21 октомври 2008 г. по дело VTB-VAB и Galatea (посочено в бележка под линия 4, точки 68—70).

16 — Решение по дело VTB-VAB и Galatea (посочено в бележка под линия 4, точки 48 и 50). Вж. във връзка с рекламна кампания, която поставя безплатното участие в лотарийна игра в зависимост от закупуването на определено количество стоки или получаването на услуги, Решение по дело Plus Warenhandelsgesellschaft (посочено в бележка под линия 5, точка 37).

17 — Вж. в този смисъл също *Heidinger*, R. Zugabenverbot, quo vadis? — Medien und Recht, No. 1/2009, p. 45, който поддържа, че разпоредбата на член 9а от UWG попада в приложното поле на Директива 2005/29, тъй като предвидената с нея забрана на добавките трябва да се квалифицира като уредба на нелоялните търговски практики спрямо потребителите.

а) Областта, уредена с Директива 2005/29

43. Всъщност Директивата по принцип урежда само областта B2C (business to consumer), т.е. отношението между търговци и потребители. Това следва, от една страна, от член 3, параграф 1, съгласно който тази директива се прилага по отношение на нелоялни търговски практики *от страна на търговците към потребителите* преди, по време на и след търговска сделка във връзка със стока. Тази връзка е специално подчертана в съображение 8, според което Директивата защитава *пряко само икономическите интереси на потребителите* от нелоялни търговски практики от страна на търговци към потребители [18].

44. Смятам обаче за погрешна тезата, че по тази причина съгласно Директивата икономическите интереси на законосъобразно действащите конкуренти не заслужават защита в същата степен [19]. За последен път имах възможност да обърна внимание на това обстоятелство в моето заключение, представено на 3 септември 2009 г. по дело Plus Warenhandelsgesellschaft (C-304/08), посочено по-горе, по повод на довод, изложен в този смисъл от австрийското правителство [20]. Всъщност, както ясно следва от съображение 8, Директивата защитава *непряко и законосъобразно действащите търговци от конкуренти,* които не спазват правилата на тази директива. Нормативен израз на това положение е член 11, параграф 1 от Директивата, от който е видно задължението на държавите членки в случай на несъвместимо с Директивата поведение да предоставят активна процесуална легитимация и на конкурентите, за да могат да предявяват искове срещу нелоялни търговски практики.

45. Основно значение има изявлението в съображение 6 от Директива 2005/29, според което тя сближава законодателствата

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

19 — В този смисъл вж. също *Koppensteiner*, H.-G. Grundfragen des UWG im Lichte der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken. — Wirtschaftsrechtliche Blätter. 2006, No. 12, p. 558, който счита, че не би било правилно да се отрече каквото и да било значение на Директива 2005/29 в отношенията между търговци. Авторът основава доводите си на съображения 6 и 8 от Директивата, от които следва че икономическите интереси на законосъобразно действащите конкуренти са непряко защитени, както и на член 11, параграф 1 от Директивата, според който в случаите на несъвместимо с Директивата поведение държавите членки са длъжни да предоставят активна процесуална легитимация и на конкурентите. Същият автор (Das UWG nach der Novelle 2007. — Die Europäisierung des Kartell- und Lauterkeitsrechts. Tübingen 2009, p. 86, Fn. 8, посочва, че Директива 2005/29 защитава непряко и конкурентите.

20 — Вж. точки 35 и 64 от моето заключение, представено на 3 септември 2009 г. по дело Plus Warenhandelsgesellschaft (C-304/08).

на държавите членки относно нелоялните търговски практики, които *пряко* нарушават икономическите интереси на потребителите и по този начин *непряко* нарушават и икономическите интереси на действащите законосъобразно конкуренти. Следователно Директивата отчита обстоятелството, че невинаги е възможно ясно разграничаване на интересите на потребителите от тези на конкурентите, тъй като те много често се припокриват [21]. Множество предприемачески търговски практики оказват въздействие върху интересите както на потребителите, така и на конкурентите. Съзнавайки тази тясна връзка, решението на общностния законодател е да се държи сметка за потребителските интереси посредством разпоредба, която всъщност се отнася до политиката в областта на конкуренцията, като съдържащата се в Директива 2005/29 [22]. От методологична гледна точка не съществува противоречие между конкурентополитическата насоченост на Директивата към условията за функциониране на вътрешния пазар, от една страна, и нормативната цел за защита, насочена към стандартизираните интереси на европейския потребител [23].

21 — *Marsland*, V. Unfair Commercial Practices: Stamping out Misleading Packaging. — The regulation of unfair commercial practices under EC Directive 2005/29 – New rules and new techniques. Norfolk 2007, p. 194, правилно посочва, че независимо от нейната насоченост към защита на потребителите, Директива 2005/29 признава факта, че интересите на потребителите и на конкурентите си съвпадат по отношение на нелоялните търговски практики и че е от общ интерес на потребителите и конкурентите всички търговци да спазват правилата. *Büllesbach*, E. Auslegung der irreführenden Geschäftspraktiken des Anhangs I der Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken. München 2008, p. 16, отбелязва, че множество предприемачески търговски практики оказват въздействие върху интересите както на потребителите, така и на конкурентите. От това се заключава, че за да се стигне до адекватни изводи при оценката на търговските действия от гледна точка на правилата за лоялна конкуренция, е необходим многостранен подход, отчитащ интересите на всички заинтересовани лица. Според автора фактът, че защитата на конкурентите и тази на потребителите по принцип са „двете страни на една и съща монета“, е виден от примера със заблуждаващата реклама, която засяга не само икономическите интереси на потребителя, но и тези на конкурентите, доколкото се накърняват техните търговски възможности. Авторът поддържа, че същото важи за очернянето, което, от една страна, ощетява несправедливо подложените на критика лица, и от друга страна, изкривява основата за вземане на решение от страна на невярно информирания потребител. *Bargelli*, E. L'àmbito di applicazione della direttiva 2005/29/CE: La nozione di pratica commerciale. — Le pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori. Torino 2007, p. 80, обръща внимание на това, че е трудно да се направи разграничение между интересите на потребителите и тези на конкурентите. Според *Schuhmacher*, W. The Unfair Commercial Practices Directive. — Law Against Unfair Competition — Towards a New Paradigm in Europe. (Reto M. Hilty/Frauke Henning-Bodewig). Berlin/Heidelberg 2007, p. 132, Директива 2005/29 ясно показва, че в правото в областта на конкуренцията има случаи, в които не е възможно да се проведе разграничение между защитата на конкурентите и тази на потребителите.

22 — *Gamerith*, H. Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken: bisherige rechtspolitische Überlegungen zu einer Neugestaltung des österreichischen UWG. — Lauterkeitsrecht im Umbruch. 2005, p. 157, дори застъпва становището, че в приложното си поле Директива 2005/29 не прави реално разграничение между интереси на потребители и интереси на конкуренти, а съдържа „несъвършена система B2B + B2C“, което било в подкрепа на тезата за транспониране на Директивата в австрийския UWG.

23 — В този смисъл вж. също *Kessler*, J. Lauterkeitsschutz und Wettbewerbsordnung — Zur Umsetzung der Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken in Deutschland und Österreich. — Wettbewerb in Recht und Praxis. 2007, No. 7, p. 716. Вж. също *Falce*, V./*Ghidini*, G. The new regime on unfair commercial practices at the intersection of consumer protection — Competition law and unfair competition, Antitrust between EC law and national law. 2009, p. 374, които изтъкват, че в Директива 2005/29 общностният законодател изхожда от идеята, че само лоялната конкуренция на вътрешния пазар може да гарантира свободата на избор на потребителя.

Така например предвиденото в член 11, параграф 1 от Директивата предоставяне на активна процесуална легитимация, позволяваща на засегнатите конкуренти да предявяват искове за преустановяване на нарушения срещу нелоялно действащи конкуренти, може да е действително от полза за защитата на потребителите [24].

46. Независимо от това за целите на подобро отграничение на нейното приложно поле Директивата ясно разграничава, от една страна, такива търговски практики, които увреждат както потребителите, така и конкурентите, и от друга страна, онези търговски практики, които могат да засегнат интересите само на една от двете категории лица. В този смисъл според съображение 8 се изхожда от разбирането, че има други търговски практики, които, макар да не увреждат потребителите, могат да засегнат конкурентите и бизнес клиентите.

47. Както установява Съдът в Решение от 14 януари 2010 г. по дело Plus Warenhandelsgesellschaft, посочено по-горе, тази втора хипотеза не попада в приложното поле на Директивата [25], тъй като съгласно съображение 6 тя не засяга и не обхваща националните законодателства за нелоялни търговски практики, които увреждат *само* икономическите интереси на конкурентите или са свързани със сделките между търговци. Както е видно от сравнението на текстовете на Директива 2005/29 на няколко езика [26], типичното семантично значение на думата „само“ е

24 — В този смисъл вж. също *Gamerith*, Н., цит. в бележка под линия 22, стр. 157, според който исковете за преустановяване, предявени от засегнати конкуренти срещу нелоялно действащи техни конкуренти, повишават защитата на потребителите, доколкото става въпрос за такива забрани, които са насочени срещу всякакво нелоялно влияние върху свободата на избор на потребителя чрез измама, поставяне натясно, примамване, поставяне под натиск и т.н.

25 — Вж. Решение по дело Plus Warenhandelsgesellschaft, посочено в бележка под линия 5, точка 39. Вж. *Micklitz*, H.-W. Full Harmonization of Unfair Commercial Practices Under Directive 2005/29. — International Review of Intellectual Property and Competition Law. 2009, No. 4, p. 373, според който Директива 2005/29 е приложима към отношенията B2B, ако са изпълнени две условия: въпросната търговска практика засяга пряко интересите на потребителите и непряко интересите на конкурентите. Авторът изразява опасения, че това ограничение на приложното поле на Директивата може да породи нови стратегии на защита. Така например е възможно търговците да се изкушат да твърдят, че техните търговски практики се отнасят само до отношенията B2B.

26 — На немски език: „lediglich“; на датски език: „udelukkende“; на английски език: „only“; на френски език: „uniquement“; на италиански език: „unicamente“; на нидерландски език: „alleen“; на португалски език: „apenas“; на словенски език: „samo“; на испански език: „sólo“.

свързано с изключителност. В този смисъл съображение 6 също посочва, че отчитайки напълно принципа на субсидиарност, държавите членки ще продължат да регулират такива практики по свое усмотрение, в съответствие с правото на Общността.

надхвърляща преследваната с Директивата цел за защита на потребителите.

б) Целта за защита, преследвана със забраната по член 9а, параграф 1, точка 1 от UWG

49. Според тях всъщност освен защита на потребителите, със забраната се цели запазване на ненарушена конкуренция, както и защита на медийния плурализъм. Чрез предотвратяването на взаимното наддаване от страна на конкурентите при предлагането на допълнителни акцесорни престации следвало преди всичко да бъдат защитени такива конкуренти, които поради по-ограничените си финансови средства не били в състояние да насърчават продажбата на своите продукти чрез използването на безплатни добавки. Тази защита била обоснована с оглед на значението на медиите като фактор за формиране на общественото мнение в едно демократично общество. Австрийското правителство вече е изтъквало този довод по дело Familiapress (C-368/95) [29], отнасящо се до съвместимостта на тази забрана със свободата на предоставяне на услуги, и Съдът също не е поставил този довод под въпрос като легитимна законодателна цел, която може по принцип да обоснове ограничение на тази основна свобода.

i) По претеглянето по различен начин на отделните правни интереси, предмет на защита

48. Следователно възниква въпросът дали спорната забрана на свързаните оферти, предвидена в член 9а, параграф 1, точка 1 от UWG, съставлява такава национална разпоредба, която има за цел да забрани търговска практика, увреждаща *само* икономическите интереси на конкурентите. В това отношение запитващата юрисдикция [27] и австрийското правителство [28] посочват, че спорната забрана на свързаните оферти по член 9а, параграф 1, точка 1 от UWG има още една законодателна цел,

50. Въпреки това се налага констатацията, че съществуват конкретни различия в оценките по отношение на претеглянето на отделните правни интереси, предмет на защита.

27 — Вж. стр. 10—12 от акта за преюдициално запитване.

28 — Вж. стр. 4 и 5 от становището на австрийското правителство.

29 — Решение от 26 юни 1997 г. по дело Familiapress (C-368/95, Recueil, стр. I-3689).

51. Според запитващата юрисдикция, в съответствие с предполагаемата преценка от страна на австрийския законодател с член 9а, параграф 1, точка 1 от UWG се преследва преди всичко не целта за защита на потребителите, а „най-малкото в еднаква степен“ и целите за защита на конкурентите и за запазване на ефикасни пазарни отношения [30]. Тази позиция изрично се оспорва от австрийското правителство, което от своя страна поддържа, че забраната за свързаните оферти служи „главно“ на целта за защита на ненарушената конкуренция в медийния сектор [31], без обаче да представя убедителни доказателства в подкрепа на това правно становище, още повече че в доводите си във връзка със свързването на списание с игра с награди в случая, предмет на главното производство, многократно предупреждава за опасността от злоупотреба с влияние върху потребителя чрез използване на неговата пристрастеност към игри [32]. Считам, че едва ли има съмнения относно факта, че в основата на изразеното от австрийското правителство опасение лежат съображения, свързани със защитата на потребителите.

52. По тези различни становища относно тълкуването на националното право ще отбележа следното.

53. От една страна, трябва да се припомни, че производството по член 234 ЕО се основава на сътрудничество между Съда и националните юрисдикции, в рамките на което Съдът не следва да се произнася по тълкуването на национални разпоредби, нито да преценява дали направеното от запитващата юрисдикция тълкуване на тези разпоредби е правилно [33]. В рамките на разпределянето на правомощията между общностните юрисдикции и юрисдикциите на държавите членки Съдът трябва да вземе предвид фактическия и правен контекст, в който се вписват преюдициалните въпроси, така както е очертан с акта за препращане [34].

54. От друга страна, тази различна оценка в крайна сметка изглежда неотносима от материалноправна гледна точка, тъй като при всички положения е безспорно, че разпоредбата на член 9а, параграф 1, точка 1 от UWG няма за цел да забрани нелоялни търговски практики, които по смисъла на съображение 6 от Директивата увреждат *само* икономическите интереси на конкурентите или които са свързани със сделките между търговци. Напротив, единодушно се счита, че от гледна точка на своята регулаторна цел член 9а,

30 — Вж. стр. 10—12 от акта за преюдициално запитване.

31 — Вж. точка 11, стр. 4 от становището на австрийското правителство.

32 — В този смисъл е налице сходство на аргументите с тези на германското правителство по дело Plus Warenhandelsgesellschaft (C-304/08), което се отнася до съвместимостта на национална разпоредба (член 4, точка 6 от германския UWG), забраняваща свързаните оферти във връзка с конкурси с награди или с игри с награди. Тази забрана се основава преди всичко на съображения, свързани със защитата на потребителите. Вж. във връзка с доводите на германското правителство моето заключение, представено на 3 септември 2009 г. по това дело, и по-конкретно точки 93 и 107.

33 — Вж. в този смисъл Решение от 3 октомври 2000 г. по дело Corsten (C-58/98, Recueil, стр. I-7919, точка 24) и Решение от 29 април 2004 г. по съединени дела Orfanopoulos и Oliveri (C-482/01 и C-493/01, Recueil, стр. I-5257, точка 42).

34 — Вж. Решение от 25 октомври 2001 г. по дело Ambulanz Glöckner (C-475/99, Recueil, стр. I-8089, точка 10), Решение от 13 ноември 2003 г. по дело Neri (C-153/02, Recueil, стр. I-13555, точки 34 и 35), Решение по съединени дела Orfanopoulos и Oliveri, посочено в бележка под линия 33, точка 42 и Решение от 21 април 2005 г. по дело Lindberg (C-267/03, Recueil, стр. I-3247, точки 41 и 42).

параграф 1, точка 1 от UWG забранява нелоялни търговски практики, които винаги оказват влияние в областта B2C. Това означава, че разпоредбата на член 9а, параграф 1, точка 1 от UWG във всеки случай е все още в рамките на нормативния обхват на Директива 2005/29, независимо дали тази забрана на свързаните оферти служи главно на целта за защита на определен правен интерес, на целта за защита на интересите на потребителите, конкурентите или на обществеността, например под формата на запазване на медийния плурализъм. Ето защо за целите на настоящото преюдициално производство не е необходимо произнасяне от правна страна по въпроса дали и до каква степен със спорната национална разпоредба освен това се преследва и целта за запазване на медийния плурализъм, както твърди австрийското правителство.

ii) Анализ на приложимите национални разпоредби и съдебна практика

55. Предвид необходимостта да се даде полезен отговор на преюдициалните въпроси на запитващата юрисдикция[35] и същевременно в изпълнение на наложеното съгласно член 222 ЕО задължение на генералните адвокати да представят при пълна безпристрастност и независимост мотивирани заключения[36], по съображения за изчерпателност обръщам внимание на обстоятелството, че анализът на въпросните разпоредби, в това число на подготвителните материали при приемането на UWG, показва, че за австрийския законодател защитата на потребителите е била поне толкова важна, колкото защитата на конкурентите. Така от становищата по представения от правителството проект на UWG-Novelle 2007[37] е видно, че по същество UWG не урежда областта B2B различно от областта B2C, тъй като според австрийския законодател защитата на конкурентите и тази на потребителите „са неделими“.

35 — В Решение от 12 юли 1979 г. по дело Union Laitière Normande (244/78, Recueil, стр. 2663, точка 5) Съдът посочва, че макар член 234 ЕО да не му позволява да извърши преценка на мотивите за дадено преюдициално запитване, необходимостта да се даде тълкуване на общностното право, което да е от полза, все пак може да изисква да определи правния контекст, в който следва да се вписва исканото тълкуване. Според *Lenaerts*, K., *Arts*, D., et *Maselis*, I. — in: Procedural Law of the European Union. 2. ed. p. 188, , pt. 6-021, няма пречка Съдът да изложи разбирането си по фактическата обстановка в основата на спора по главното производство и по някои аспекти на националното право като отправна точка за тълкуването на приложимите разпоредби и принципи на общностното право, което да е от полза.

36 — Според генералния адвокат *Colomer*, Ruiz-Jarabo. La función del Abogado del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. — Problèmes d'interprétation. Brüssel 2004, p. 334 sq., целта на заключението е да послужи на съдиите като основа за съвещанията. По принцип заключението трябва да дава отговор на всички правни въпроси, които се поставят в рамките на дадено производство, като за целта следва подробно да се анализира досегашната практика на Съда. Генералният адвокат подчертава също нарастващото значение на правната доктрина при анализа на тези правни въпроси.

37 — В Erläuterungen zur Regierungsvorlage für ein Bundesgesetz, mit dem das Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb 1984 — UWG geändert wird (UWG-Novelle 2007) — Recht und Wettbewerb, LIII, No. 170, 12.2007, p. 13, се посочва: „Както вече е уредено с действащия UWG, проектозаконът по същество не урежда областта B2B различно от областта B2C, тъй като защитата на конкурентите и тази на потребителите са неделими“.

56. Този извод съответства на преобладаващото мнение в правната доктрина, според което не на последно място по тази причина UWG защитава интересите на потребителите наред с интересите на конкурентите и на обществото и следователно изхожда от „триада цели за защита“ [38]. Това важи и за разпоредбата на член 9а, параграф 1, точка 1 от UWG, която се намира в центъра на настоящото дело и чийто защитен характер по отношение на потребителите правната доктрина не поставя под съмнение [39].

57. Освен това следва да се посочи, че според практиката на Oberster Gerichtshof [40] — отчасти препращайки към застъпените в правната теория мнения — целта на забраната на добавки по член 9а, параграф 1 от UWG също се състои главно в защитата на потребителите. В съответствие с тази

38 — Според *Prunbauer*, M. Kommentar zum Vorschlag für eine EU-Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarkt-internen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern — ein missglückter Ansatz der Harmonisierung des Lauterkeitsrechts in der EU. — Recht und Wettbewerb. XLIX, No. 161, 09.2003, p. 3, по принцип UWG се отнася не само до аспекти на конкурентното поведение от гледна точка на правото на защита на потребителите, но и в същата степен до аспекти, свързани с конкурентите и с обществеността. Рекламна мярка не може да се разглежда или преценява напълно едностранно само от гледна точка на потребителите. Защитата на конкурентите и на интересите на обществеността в условията на ненарушена конкуренция служи най-малкото непряко на целта за защита на потребителите, тъй като по този начин се осигурява ефикасността на конкуренцията и в интерес на потребителите. Въз основа на това авторката стига до заключението, че нито в икономическата реалност, нито в теоретичен план дадено конкурентно действие може да бъде разделено разумно на „конкуренция, отнасяща се до потребителите“ и „конкуренция, отнасяща се до търговците“. Според *Wiebe*, A. Umsetzung der Geschäftspraktikenrichtlinie und Perspektiven für eine UWG-Reform. — Juristische Blätter, CXXIX, No. 2, 02.2007, p. 71, по отношение на Австрия и Германия отдавна е безспорно, че с UWG се преследват целите за защита на конкурентите, на потребителите и на обществените интереси, както изрично е закрепено в член 1 от новия германски UWG. Всъщност присъщото преплитане на целите за защита прави невъзможно правните уредби относно B2B сделки да се отделят от тези относно B2C сделки, което произтича от естеството на нещата. Подобно становище застъпва и *Büllesbach*, E., цит. в бележка под линия 21, стр. 15, който подчертава тройната цел за защита (потребители, конкуренти, общественост), залегнала в основата на правните уредби в областта на конкуренцията на Германия и Австрия. *Lettner*, H. Die Umsetzung der EU-Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken — Eine Bilanz des UWG-Neu in Österreich und Deutschland. — European Law Reporter, 2009, No. 9, p. 313, също посочва, че в общ аспект австрийският UWG има за цел защитата на търговските интереси, обществените интереси и интересите на потребителите.

39 — Така *Duursma-Kepplinger*, D., цит. в бележка под линия 11, посочва, че член 9а от UWG цели и защитата на потребителите (член 16, точка 24, стр. 808). Според авторката законовото ограничение на добавките има за цел по-конкретно защитата на купувачите срещу субективна и заблуждаваща ценова реклама и избягването на взаимното наддаване от страна на конкурентите при предлагането на допълнителни (акцесорни) престации (член 9а, точка 2, стр. 276). Авторката счита, че всъщност UWG цели да предложи генерална превантивна защита на общия интерес на потребителите от опазване на конкуренцията от нелоялни практики (член 16, точка 26, стр. 810). Според *Horak*, M. Naht das Ende des Zugabenverbots? — Ecolex, 2008, p. 1138, целта на забраната на добавките по член 9а от UWG е преди всичко защитата на потребителите. Във връзка с това авторът се позовава на решението на Overster Gerichtshof, посочено в бележка под линия 40 от настоящото заключение. Вж. също *Kucsko*, G. Zur rechtspolitischen Begründung des Zugabenverbots. Ecolex, 1992, p. 709, който проследява генезиса на забраната на добавките в Австрия от началото на XX век. Авторът посочва, че основната цел на наложената в Австрия „забрана на добавките“ от момента на установяването ѝ е да се предотврати възможността по субективен начин чрез добавките да се оказва влияние върху взимането на решение за покупка от потребителите, както и чрез добавките да се прикрива истинската цена на основната стока и по този начин да се въвежда клиентът в заблуда. Освен това целта е да се противодейства на взаимното наддаване между конкуриращите се търговци.

40 — Вж. Решение на Oberster Gerichtshof от 9 март 1999 г. по дело Fini's Feinstes (номер на дело 4 Ob 28/99t). В това решение се приема, че „[з]абраната на добавките има за цел преди всичко защитата на потребителите: преценката на потребителите, например при предоставянето на възможност за участие в игра с награди, не трябва да бъде замъглена от желанието за игри и стремежа към печалба. Решението за покупка трябва да бъде взето с оглед на качеството и съотношението цена—качество на стоката и въз основа на обективно сравнение на стоките, но не и без да бъде огледана повече или по-малко, за да се спечели заложената като примамка награда“.

практика преценката на потребителите, например при предоставянето на възможност за участие в игра с печалби, не трябва да бъде замъглена от желанието за игри и стремежа към печалба.

58. Налага се изводът, че и след анализ на приложимите австрийски разпоредби и съдебна практика следва да се приеме, че със забраната на добавки по член 9а, параграф 1, точка 1 от UWG най-малкото в еднаква степен се преследва целта за защита на потребителите.

в) Заключение

59. С оглед на тези съображения правя извод, че националната разпоредба, съдържаща се в член 9а, параграф 1, точка 1 от UWG, попада в приложното поле на Директива 2005/29. Следователно тя трябва да се преценява съгласно изискванията на Директивата [41].

3. Анализ на структурата на двата нормативни акта

а) Разпоредбите на Директива 2005/29

60. За да се установи дали Директива 2005/29 допуска национална уредба като тази на член 9а, параграф 1 от UWG, е необходимо двата нормативни акта да бъдат

41 — Вж. *Horak*, M. Zugabenverbot gemeinschaftsrechtswidrig? — Ecolex, 2009/123, p. 341, според който първият преюдициален въпрос има за цел да се установи дали с Директива 2005/29 е съвместима забрана per se на добавки, целяща защитата както на потребителите, така и на търговците. Авторът счита, че такава забрана per se ще противоречи на общностното право, докато не се намери възможност приложното ѝ поле да бъде строго отграничено и сведено до оферти, които са предназначени само за търговци и не засягат интересите на потребителите. Авторът поддържа, че член 9а, параграф 1, точка 1 от UWG не отговаря на тези условия. Според *Lettner*, H., цит. в бележка под линия 38, точка 9, стр. 317, запазването на забрана per se по отношение на областта B2C наред с черния списък не може да бъде обосновано с обстоятелството, че със забраната на свързаните оферти по член 9а, параграф 1, точка 1 от UWG се преследват не само целите за защита на потребителите, но и други цели, които не попадат в материалния обхват на Директивата, например за запазване на медийния плурализъм или за защита на по-слабите конкуренти. Следователно и двамата втори считат, че спорната национална разпоредба попада в приложното поле на Директива 2005/29.

разгледани и след това сравнени по отношение на нормативните им цели и регулаторната им структура.

i) Цялостно и максимално сближаване на националните правни уредби като регулаторна цел

61. Както вече бе посочено [42], целта на Директива 2005/29 е пълната хармонизация на правните уредби на държавите членки по отношение на нелоялните търговски практики. Освен това за разлика от досегашните секторно специфични правни инструменти за хармонизация на правната защита на потребителите тя цели не само минимална степен на хармонизация, но и максимално сближаване на националните правни уредби, при което с известни изключения на държавите членки е забранено да запазват или въвеждат по-ограничителни разпоредби, при това независимо дали с цел да се осигури по-високо равнище на защита на потребителите [43]. Тези две цели се извеждат чрез тълкуване на съображенията и на общите разпоредби на тази директива.

62. От една страна, това следва от съображение 11 от нея, според което *сближаването* на националните разпоредби чрез настоящата директива създава високо общностно ниво на защита на потребителите. От друга страна, в съображение 12 от нея се казва, че потребителите и търговците трябва да могат да разчитат на *единна регулаторна рамка*, основана на ясно определени правни понятия, която регулира всички аспекти на нелоялните търговски практики в рамките на Европейския съюз. Методът на *сближаване на националните разпоредби* отново е посочен в член 1 от Директива 2005/29, от който следва, че нейната цел е да допринесе за постигане на високо ниво на защита на потребителите и за правилното функциониране на вътрешния пазар.

63. Целта за широкообхватно и максимално регулиране на общностно равнище на обществените отношения, попадащи в приложното поле на Директивата, отново е ясно посочена в текста на съображения 14 и 15 от нея, където изрично се говори за *пълно хармонизиране*. Това е видно и от клаузата за вътрешния пазар в член 4 от Директива 2005/29, според която държавите членки не бива да ограничават свободата за предоставяне на услуги и свободното движение на стоки по причини, попадащи в *областта на сближаването*, постигнато с тази директива.

42 — Вж. точка 33 от настоящото заключение.

43 — Вж. Решение по дело VTB-VAB и Galatea, посочено в бележка под линия 4, точка 52.

64. Като изключение член 3, параграф 5 от Директива 2005/29 предвижда, че за период от шест години от 12 юни 2007 г. държавите членки имат възможността да продължат да прилагат националните разпоредби в областта на настоящата директива, които са по-ограничителни или по-строги в сравнение с Директивата. Тази клауза обаче е ограничена до национални разпоредби, които транспонират директиви и съдържат клаузи за минимум хармонизация [44]. И накрая, още едно изключение от пълната хармонизация се съдържа в член 3, параграф 9 по отношение на финансовите услуги по смисъла на Директива 2002/65/ЕО и недвижимите имоти.

ii) Регулаторна структура на Директива 2005/29

65. Ядро на Директива 2005/29 е общата клауза на член 5, параграф 1, която установява забрана за нелоялни търговски практики. Член 5, параграф 2 определя какво по-конкретно се разбира под „нелоялни“. Според него една търговска практика е нелоялна, ако от една страна, противоречи на изискванията за дължимата професионална грижа, а от друга страна, е възможно „съществено [да] изопачава“ икономическото поведение на средния потребител. Според параграф 4 по-специално търговските практики са нелоялни, когато са заблуждаващи (членове 6 и 7) или агресивни (членове 8 и 9). Параграф 5 препраща към приложение I и изброените там търговски практики, които „се считат за нелоялни при всякакви обстоятелства“. Този списък се прилага във всички държави членки и може да бъде променян само чрез изменение на Директивата.

66. Оттук по отношение на правоприлагането от страна на националните юрисдикции и административни органи следва, че на първо място трябва да се изхожда от съдържащия се в приложение I списък на 31 нелоялни търговски практики. Ако дадена търговска практика осъществява някой от тези фактически състави, тя трябва да бъде забранена, без да е нужно допълнително разглеждане, например на последиците. Ако конкретният случай не може да бъде отнесен към този забранителен списък, следва да се провери дали е

44 — Към директивите по смисъла на член 3, параграф 5 от Директива 2005/29, които съдържат клаузи за минимално сближаване, спадат Директива 85/577/ЕИО на Съвета от 20 декември 1985 година относно защита на потребителите във връзка с договорите, сключени извън търговския обект (ОВ L 372, стр. 31; Специално издание на български език, 2007 г., глава 15, том 1, стр. 188), Директива 90/314/ЕИО на Съвета от 13 юни 1990 година относно пакетните туристически пътувания, пакетните туристически ваканции и пакетните туристически обиколки (ОВ L 158, стр. 59; Специално издание на български език, 2007 г., глава 13, том 9, стр. 248), Директива 94/47/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 26 октомври 1994 година относно защитата на купувачите с оглед на определени аспекти от договорите, свързани с придобиването на правото на временно ползване на недвижима собственост (ОВ L 280, стр. 83; Специално издание на български език, 2007 г., глава 13, том 14, стр. 204), Директива 97/7/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 20 май 1997 година относно защитата на потребителя по отношение на договорите от разстояние (ОВ L 144, стр. 19; Специално издание на български език, 2007 г., глава 15, том 4, стр. 160), Директива 98/6/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 16 февруари 1998 година относно защитата на потребителите при обозначаването на цените на стоките, предлагани на потребителите (ОВ L 80, стр. 27; Специално издание на български език, 2007 г., глава 15, том 4, стр. 206), Директива 89/552/ЕИО на Съвета от 3 октомври 1989 година относно координирането на някои разпоредби, формулирани в действащи закони, подзаконови и административни актове на държавите членки, отнасящи се до упражняване на телевизионна дейност (ОВ L 298, стр. 23; Специално издание на български език, 2007 г., глава 6, том 1, стр. 215).

налице някой от примерните случаи, уредени в общата клауза за заблуждаващи или агресивни търговски практики. Само ако случаят не е такъв, се прилага пряко общата клауза на член 5, параграф 1 от Директива 2005/29 [45].

б) Разпоредбите на UWG

67. Съгласно постоянната съдебна практика всяка държава членка, адресат на директива, е длъжна да предприеме всички необходими мерки в рамките на националния си правен ред, за да осигури пълното действие на директивата в съответствие с преследваната от нея цел [46]. С това е свързано задължението на националния законодател да транспонира надлежно въпросната директива в националното право [47]. При все това от текста на член 249, трета алинея ЕО е видно, че той оставя на националните власти свобода при избора на формата и средствата. Тази свобода на избор е предоставена по-специално на националния законодател.

68. По тази причина в съдебната практика се приема, че надлежното транспониране на дадена директива не изисква непременно буквалното възпроизвеждане на разпоредбите на директивата в изрична, конкретна законова разпоредба [48]. Всъщност от значение е вътрешното право, което влиза в действие за целите на транспонирането на директивата, да спазва изискванията за правна яснота и правна сигурност, за да се осигури осъществяването на цялостната програма на директивата при прилагането на вътрешното право от страна на юрисдикциите и институциите на съответната държава членка [49].

45 — В този смисъл вж. също и схемата за проверка на *De Cristofaro*, G. La direttiva 2005/29/CE — Contenuti, rationes, caratteristiche. — Le pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori, Torino 2007, p. 12, и *Henning-Bodewig*, F. Die Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken. — Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Internationaler Teil. 2005, No. 8/9, p. 631.

46 — Вж. също Решение от 1 февруари 1977 г. по дело Verbond van Nederlandse Ondernemingen (51/76, Recueil, стр. 113, точка 22), Решение от 26 февруари 1986 г. по дело Marshall (152/84, Recueil, стр. 723, точка 48), Решение от 24 октомври 1996 г. по дело Kraaijeveld и др. (C-72/95, Recueil, стр. I-5403, точка 55), Решение от 17 юни 1999 г. по дело Комисия/Италия (C-336/97, Recueil, стр. I-3771, точка 19), Решение от 8 март 2001 г. по дело Комисия/Франция (C-97/00, Recueil, стр. I-2053, точка 9), Решение от 7 май 2002 г. по дело Комисия/Швеция (C-478/99, Recueil, стр. I-4147, точка 15) и Решение от 26 юни 2003 г. по дело Комисия/Франция (C-233/00, Recueil, стр. I-6625, точка 75).

47 — Транспонирането на директивата е елемент от двустепенна законодателна процедура, като втората степен се осъществява на равнище национално право. Материалното транспониране на равнище национално право представлява конкретизация на правните норми на директивата (вж. във връзка с това *Vcelouch*, P. Kommentar zu EU- und EG-Vertrag. (ed. Heinz Mayer). Wien 2004. art. 249, 48—50, 17—18).

48 — Вж. Решение от 28 февруари 1991 г. по дело Комисия/Германия (C-131/88, Recueil, стр. I-825, точка 6), Решение от 20 март 1997 г. по дело Комисия/Германия (C-96/95, Recueil, стр. I-1653, точка 35), Решение от 15 ноември 2001 г. по дело Комисия/Италия (C-49/00, Recueil, стр. I-8575, точки 21 и 22), Решение от 28 април 2005 г. по дело Комисия/Италия (C-410/03, Recueil, стр. I-3507, точка 60). Това правилно посочва *Seichert*, D. Der Umsetzungsbedarf der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken. — Wettbewerb in Recht und Praxis. 2005, p. 1088, във връзка с необходимостта от транспонирането на Директива 2005/29 в германското право.

49 — В този смисъл *Ruffert*, M., in: Calliess/Ruffert (ed.) — Kommentar zu EUV/EGV, 3. ed., 2007, art. 249, pt. 49, p. 2135. Съгласно постоянната съдебна практика транспонирането на дадена директива трябва да осигурява ефективно цялостното прилагане на директивата. Вж. по-конкретно Решение от 9 септември 1999 г. по дело Комисия/Германия (C-217/97, Recueil, стр. I-5087, точка 31), Решение от 16 ноември 2000 г. по дело Комисия/Гърция (C-214/98, Recueil, стр. I-9601, точка 49) и Решение от 11 юли 2002 г. по дело Marks & Spencer (C-62/00, Recueil, стр. I-6325, точка 26).

i) Представяне на регулаторната структура на забраната по член 9а, параграф 1, точка 1 от UWG

69. Според запитващата юрисдикция член 9а, параграф 1, точка 1 от UWG забранява на търговците да обявяват спрямо потребителите безплатни добавки към стоки или услуги. Ако основната стока е периодично издание (вестник, списание), забраната обхваща и самото предлагане и предоставяне на добавки. Според практиката на Oberster Gerichtshof [50] добавка означава по-специално свързаната с придобиването на основната стока възможност за участие в игра с награди.

70. Както следва от акта за преюдициално запитване [51], съдебната практика обаче тълкува стеснително тази разпоредба, така че не всяка безплатна добавка се разглежда като забранена. Така според постоянната практика на Oberster Gerichtshof прилагането на член 9а, параграф 1, точка 1 от UWG предполага поведението, срещу което е насочено оплакването, в конкретния случай а) обективно да е от естество да изопачи избора на потребителите при придобиване на основната стока (основната услуга) [52] и поради това б) да може да доведе до съществено пренасочване на търсенето [53]. Ето защо се счита, че в известна степен вече не е налице съставомерността по параграф 1 поради липса на забранена „добавка“ по смисъла на тази разпоредба, доколкото не са изпълнени посочените по-горе условия, развити в съдебната практика [54].

71. Независимо от това стеснително тълкуване от страна на австрийската съдебна практика следва да се констатира, че спорната разпоредба в член 9а от UWG се основава на принципа „правило/изключение“ и при това по такъв начин, че потвърждава забраната за свързване на две различни стоки или услуги за целите на промоцията на продажбите в съответствие с параграф 1, при условие че не са приложими изключенията, изброени в параграф 2. Иначе казано, тази разпоредба забранява свързването на две различни стоки или услуги за целите на промоцията

50 — Вж. стр. 10 от акта за преюдициално запитване.

51 — На стр. 8 от акта за преюдициално запитване запитващата юрисдикция посочва Решение на Oberster Gerichtshof от 20 октомври 1992 г. по дело Welt des Wohnens (номер на дело 4 Ob 87/92), Решение на Oberster Gerichtshof от 30 януари 2008 г. по дело ORF-Teletext (номер на дело 3 Ob 273/07d) и Решение на Oberster Gerichtshof от 14 февруари 2008 г. (номер на дело 4 Ob 17/08s).

52 — На стр. 8 от акта за преюдициално запитване запитващата юрисдикция посочва Решение по дело Welt des Wohnens, посочено в бележка под линия 51.

53 — На стр. 8 от акта за преюдициално запитване запитващата юрисдикция посочва Решение на Oberster Gerichtshof от 14 декември 1999 г. по дело Tipp des Tages III (номер на дело 4Ob 290-99x).

54 — Вж. също стр. 4 от становището на жалбоподателя в главното производство.

на продажбите и следователно трябва да се разбира като принципна забрана на свързаните оферти, която обаче в определени случаи позволява изключения [55].

4. Съвместимост на спорната разпоредба с Директива 2005/29

72. Освен това трябва да се разгледа въпросът за съвместимостта на спорната разпоредба с Директива 2005/29, като на първо място е необходим анализ на структурата на националната разпоредба. Ако се установи несъвместимост на националното право, както следва от текста на закона, по-нататък следва да се провери дали в приложение на посоченото по-горе стеснително тълкуване от страна на Oberster Gerichtshof тази разпоредба въпреки това може да се счита за съответстваща на Директивата.

55 — Вж. *Horak*, M., цит. в бележка под линия 39, стр. 1137, който прави сравнение между разпоредбата в член 9а от UWG и така наречените „забрани per se“. Според този автор чрез забраните per se принципно се забраняват определени абстрактно формулирани търговски практики, без юрисдикцията да има възможност за проверка на отделния случай на въздействие върху потребителите или конкурентите. Той посочва, че в повечето случаи такива забрани са придружени от списък на изключенията с цел да се осигури равновесие, съобразено с практиката. Според автора, като въвежда принципна забрана на добавките в параграф 1 и списък на изключенията в параграф 2, член 9а от UWG възприема този модел. *Heidinger*, R., цит. в бележка под линия 17, стр. 45, счита, че разпоредбата в член 9а от UWG е замислена като забрана per se на определени търговски практики, без да се извършва проверка на въздействието върху потребителите за всеки отделен случай.

а) Писаното национално право

i) Инверсия на регулаторната схема

73. Що се отнася до въпроса за съвместимостта на спорната разпоредба с Директива 2005/29, следва да се отбележи, че спорната забрана на свързаните оферти по член 9а, параграф 1, точка 1 от UWG съставлява специална разпоредба в рамките на UWG, която, най-напред, няма съответствие в Директива 2005/29. Член 9а, параграф 1, точка 1 от UWG налага принципна забрана на свързаните оферти, каквато не се предвижда в самата директива.

74. Освен това поради залегналият в основата ѝ принцип „правило/изключение“ регулаторната структура на посочената национална разпоредба е различна от тази на Директива 2005/29. Именно тази инверсия на регулаторната схема преди всичко поражда съмнение относно съвместимостта с посочената директива, като въпросът се отнася не толкова до формата на самата разпоредба, имайки предвид, че на националния законодател все пак е предоставена известна свобода по отношение на транспонирането, колкото до нормативното съдържание на тази национална разпоредба. Съдържанието ѝ не съответства на това на Директива 2005/29. Всъщност, както вече посочих в моето заключение по съединени дела VTB-VAB (C-261/07)

и Galatea (C-299/07), посочени по-горе, Директива 2005/29 следва подход, който благоприятства свободата на действие на икономическите оператори и по същество е в унисон с правния принцип „in dubio pro libertate“ [56]. Ето защо, за разлика от разпоредбата в член 9а, параграф 1, точка 1 от UWG, Директивата изхожда от презумпцията за лоялност на търговските практики, ако не са налице стриктно определените правни предпоставки за забрана [57].

75. Този либерален подход има конкретен регулаторнополитически контекст, състоящ се в осигуряване на реализирането на закрепената в съображения 4 и 5, както и в член 1 от Директивата цел на общностния законодател, чрез еднакви общностни правила да бъдат отстранени пречките пред свободното движение на услуги и стоки през граница, които произтичат от множеството разпоредби на националното законодателство, отнасящи се до нелоялните търговски практики, и то до степен, необходима за правилното функциониране на вътрешния пазар и за осигуряване на висока степен на защита на потребителите [58].

ii) Недостатъчен характер на изключенията, предвидени с член 9а, параграф 2 от UWG

76. Освен това фактическите състави на изключенията от принципни забрани като предвидените с член 9а, параграф 2 от UWG не са от естество да обхванат всички случаи, в които съгласно разпоредбите на Директива 2005/29 следва да се приеме, че е налице допустима търговска практика, тъй като те не позволяват на компетентните национални юрисдикции и органи да извършват оценка за всеки отделен

56 — Вж. моето заключение по дело VTB-VAB и Galatea, посочено в бележка под линия 15, точка 81. *Micklitz*, H.-W., цит. в бележка под линия 25, стр. 374, изрично изразява съгласие с това.

57 — *Abbamonte*, G. The unfair commercial practices Directive and its general prohibitionл — in: The regulation of unfair commercial practices under EC Directive 2005/29 — New rules and new techniques. Norfolk 2007, p. 15, определя следвания в Директивата принцип като либерален. Според този принцип всичко, което не е изрично забранено, е разрешено. De *Cristofaro*, G., цит. в бележка под линия 45, стр. 11, с право отбелязва, че Директивата възприема специфичен подход, като определя критериите за квалифициране на дадена търговска практика като нелоялна и изобщо не описва признаците на лоялната търговска практика.

58 — Вж. *Bakardjieva Engelbrekt*, A. An End to Fragmentation? The Unfair Commercial Practices Directive from the Perspective of the New Member States from Central and Eastern Europe. — The regulation of unfair commercial practices under EC Directive 2005/29 – New rules and new techniques. Norfolk 2007, p. 47 sq., която подчертава хармонизиращия ефект на Директива 2005/29, чиято цел е преодоляване на съществуващите до влизането ѝ в сила различия между правните уредби на държавите членки в областта на конкуренцията. В този смисъл вж. също *Bargelli*, E., цит. в бележка под линия 21, стр. 79. *Weatherill*, S. Who is the „Average Consumer. — The regulation of unfair commercial practices under EC Directive 2005/29 — New rules and new techniques. Norfolk 2007. p. 137, квалифицира подхода на Директива 2005/29 като дерегулиране в условията на едновременно регулиране. Според този автор хармонизацията на националните законодателства дерегулира пазара, като прекратява законодателното разнообразие в полза на еднаква правна уредба. Според *Falce*, V./*Ghidini*, G., цит. в бележка под линия 23, стр. 372, Директива 2005/29 има за цел възстановяване на равновесието между конкуренцията на вътрешен пазар без граници, от една страна, и защитата на потребителите, от друга страна.

случай [59]. Този извод потвърждава и Съдът в Решение по дело VTB-VAB и Galatea, посочено по-горе [60].

77. Тъй като не са включени в изброените в приложение I търговски практики, които се считат за нелоялни при всякакви обстоятелства, свързаните оферти по принцип могат да бъдат забранявани само ако представляват нелоялни търговски практики, например защото са заблуждаващи или агресивни по смисъла на Директивата. Извън това съгласно Директива 2005/29 забраната е възможна само ако дадена търговска практика следва да бъде оценена като нелоялна, защото противоречи на изискванията за дължимата професионална грижа или съществено изопачава или е възможно съществено да изопачи икономическото поведение на средния потребител по отношение на продукта.

78. Не може обаче еднозначно да се определи дали това е вярно по отношение на свързаните оферти, а по-скоро е необходимо конкретната търговска практика да бъде оценявана за всеки отделен случай. Това недвусмислено произтича от съображение 7 от Директивата, според което трябва да се отчита в пълна степен контекстът на индивидуалния случай, свързан с прилагането на тази директива, особено общите клаузи от нея. Думата „особено“ също посочва, че оценката на съответния отделен случай не се свежда до прилагането на генералната клауза по член 5, параграф 1, а обхваща и прилагането на разпоредбите на членове 5—9 от Директивата, които я конкретизират. Впрочем, както е видно от съображение 17, когато дадена търговска практика не попада сред изброените в приложение I, общностният законодател също приема необходимостта от оценка на отделния случай съгласно разпоредбите на членове 5—9 от Директивата. Това следва с аргумент на противното от съображение 17, трето изречение, което уточнява, че приложение I съдържа единствените търговски практики, които „може да [се] считат за нелоялни, без оценка на индивидуални случаи съгласно разпоредбите на членове 5—9“.

iii) Междинно заключение

79. Така, както следва от текста на закона, спорната разпоредба е несъвместима с Директива 2005/29.

59 — Вж. в този смисъл и *Heidinger*, R., цит. в бележка под линия 17, стр. 46.

60 — Посочено в бележка под линия 4, точки 64 и 65.

б) Възможност за съобразено с Директивата тълкуване

80. Както отбелязвам в моето заключение по дело Plus Warenhandelsgesellschaft [61], посочено по-горе, за да се прецени дали разпоредба на националното право е в противоречие с общностното право, следва да се вземе предвид не само текстът на посочената разпоредба, но и тълкуването ѝ от националните юрисдикции [62]. Тъй като отразява задължителното за всички правни субекти тълкуване на закона, съдебната практика в държавата членка е необходим критерий, за да се прецени дали транспониращата национална правна уредба и нейното тълкуване са в съответствие с общностното право [63].

81. Поради това в подкрепа на тезата за съвместимост с Директивата би могло да бъде обстоятелството, че по принцип Oberster Gerichtshof тълкува ограничително принципната забрана на свързаните оферти. Не е изключено ограничителното тълкуване от страна на националния съд да изменя същността на подобна забрана до такава степен, че в крайна сметка да съответства на Директивата. Без оглед на това трябва да се припомни, че според практиката на Съда, независимо дали става дума за разпоредби, приети преди или след влизането в сила на Директивата, юрисдикцията на държавата членка, от която се иска да ги тълкува, е длъжна да го направи, доколкото е възможно, в светлината на текста и целта на Директивата [64], за да се постигне търсеният с нея резултат, и по този начин да се съобрази с член 249, трета алинея ЕО, при което юрисдикцията, като използва в пълна степен предоставената ѝ от националното право свобода на преценка, следва да тълкува и прилага разпоредбата на вътрешното право по начин, съответстващ на изискванията на общностното право [65]. С това е свързана възможността за съобразено с Директивата ограничително тълкуване на въпросната национална норма или дори за развитие на правото от националните юрисдикции,

61 — Посочено в бележка под линия 20, точка 82.

62 — *Lenaerts*, K., *Arts*, D., et *Maselis*, цит. в бележка под линия 35, точка 5-056, стр. 162, подчертават, че обхватът на националните законови, подзаконови и административни разпоредби трябва да се преценява в светлината на тълкуването им от националните юрисдикции. Тълкуването на националното право в съответствие с общностното право е предмет на преюдициалното запитване, отправено от германския Bundesgerichtshof по дело Siemens (C-42/95, Решение от 19 ноември 1996 г., Recueil, стр. I-6017), както и белгийския Hof van beroep te Gent по дело Gybrechts (C-205/07, Решение от 16 декември 2008 г. Сборник, стр. I-9947).

63 — Вж. по този въпрос моето заключение, представено на 4 септември 2008 г. по дело Комисия/Испания (C-338/06, Сборник, стр. I-10139, точка 89).

64 — Решение от 10 април 1984 г. по дело Von Colson и Kamann (14/83, Recueil, стр. 1891, точка 26), Решение от 10 април 1984 г. по дело Harz (79/83, Recueil, стр. 1921, точка 26), Решение от 15 май 1986 г. по дело Johnston (222/84, Recueil, стр. 1651, точка 53), Решение от 8 октомври 1987 г. по дело Kolpinghuis (80/86, Recueil, стр. 3969, точка 12), Решение от 20 септември 1988 г. по дело Beentjes (31/87, Recueil, стр. 4635, точка 39), Решение от 14 юли 1994 г. по дело Faccini Dori (C-91/92, Recueil, стр. I-3325, точка 24), Решение от 25 февруари 1999 г. по дело Carbonari и др. (C-131/97, Recueil, стр. I-1103, точка 48), Решение от 15 юни 2000 г. по дело Brinkmann (365/98, Recueil, стр. I-4619, точка 40), Решение от 27 юни 2000 г. по дело Océano (C-240/98—C-244/98, Recueil, стр. I-4941, точка 30), Решение от 13 юли 2000 г. по дело Centrosteel (C-456/98, Recueil, стр. I-6007, точка 16), Решение от 3 октомври 2000 г. по дело Gozza (C-371/97, Recueil, стр. I-7881, точка 37). В този смисъл вж. Решение от 13 ноември 1990 г. по дело Marleasing (C-106/89, Recueil, стр. I-4135, точка 8), Решение от 15 май 2003 г. по дело Mau (C-160/01, Recueil, стр. I-4791, точка 36), Решение от 22 май 2003 г. по дело Connect Austria (C-462/99, Recueil, стр. I-5197, точка 38), Решение от 23 октомври 2003 г. по дело Adidas-Salomon и Adidas Benelux (C-408/01, Recueil, стр. I-12537, точка 21) и Решение от 5 октомври 2004 г. по дело Pfeiffer и др. (C-397/01—C-403/01, Recueil, стр. I-8835, точка 113). Вж. във връзка с това *Schweitzer*, M./*Hummer*, W./*Obwexer*, W. Europarecht. Wien 2007, p. 82 sq.

65 — Решение по дело von Colson и Kamann, посочено в бележка под линия 64, точка 28 и Решение по дело Harz, посочено в бележка под линия 64, точка 28.

стига последните да са оправомощени за това [66].

– Член 5, параграфи 4 и 5 от Директива 2005/29

82. При все това ограничителното тълкуване, застъпено от Oberster Gerichtshof, би следвало да води до голяма степен до идентичност на нормативното съдържание на член 9а, параграф 1, точка 1 от UWG с това на разпоредбите на Директивата.

Списъкът на нелоялните търговски практики, съдържащ се в приложение I към Директивата

i) Проверка въз основа на разпоредбите на Директивата

84. Най-напред следва да се отбележи, че търговската практика, която се забранява с член 9а, параграф 1 от UWG, не съответства на случаите на нелоялни търговски практики, изброени в приложение I към Директивата. По-специално не е приложим посоченият в точка 16 случай, в който се осъществява реклама, като се твърди, че определени продукти са в състояние да подпомогнат за спечелване при игри на късмета. Той се отнася до специална форма на рекламата [67], но не и до самото използване на свързани оферти [68]. Независимо от това, ответникът в главното производство не рекламира, че покупката на

83. По-нататък ще разгледам дали е възможно спорната забрана на свързаните оферти, както е тълкувана ограничително от австрийската съдебна практика, да се разглежда като съвместима с Директивата. За целта е необходимо да се следва схемата за проверка, описана в точка 66 от настоящото заключение.

66 — Според Streinz, R. Europarecht. 8. ed., Heidelberg 2008, p.161, pt. 456, задължението за съобразено с Директивата тълкуване е ограничено от това доколко националното право подлежи на тълкуване. Доколкото националните юрисдикции имат също правомощието да развиват правото, при необходимост те трябва да развиват националното право и съобразно Директивата.

67 — Относно ratio legis на факическия състав на тази забрана вж. *Büllesbach*, Е., цит. в бележка под линия 21, стр. 114. Според този автор твърдението на търговец, че даден продукт е в състояние да подпомогне за спечелване при игри на късмета, внушава на потребителя идеята, че действителното спечелване може да бъде повлияно в негова полза чрез закупуването на продукта. Той подчертава, че игрите на късмета обаче се характеризират с обстоятелството, че случайността определя в значителна степен действителното спечелване. Въз основа на този алеаторен елемент по принцип е немислимо да се повлияе върху действителното спечелване. Следователно налице е въвеждане в заблуда относно пригодността на продукта за определени цели. Тъй като твърдението установява непряка връзка с пристрастеността към игри, налице е положение на особен риск за потребителя предвид обстоятелството, че надеждата да се получи по-лесно печалба може да накърни съществено рационалността на решението му.

68 — Вж. точка 85 от моето заключение по дело Plus Warenhandelsgesellschaft, посочено в бележка под линия 20.

стоката сама по себе си вече дава възможност за действително спечелване. Предлага се просто възможността за участие в игра с награди, до която и без това всеки има достъп в интернет, без по този начин да се обещава на купувача подпомагане за спечелване. Следователно не е нужно потребителят, желаещ да участва в избора на „Футболист на годината“, непременно да закупува въпросния вестник, а може да направи избор между различни възможности за участие. Обстоятелството, че спечелването, например при друг начин на участие, различен от покупката на въпросния вестник, би било по-малко подпомагано, отколкото това на други участници, нито се подсказва, нито се установява при разглеждане от обективна гледна точка.

Заблуждаващи и агресивни търговски практики по смисъла на член 5, параграф 4 от Директивата

85. Възниква въпросът дали търговската практика, която се забранява с член 9а, параграф 1 от UWG, може да се квалифицира като заблуждаваща или агресивна по смисъла на член 5, параграф 4 от Директивата. Това твърди австрийското правителство, според което със спорната правна разпоредба също са транспонирани член 6, параграф 1, буква г) или членове 8 и 9 от Директивата [69].

Заблуждаващи търговски практики по смисъла на членове 6 и 7 от Директивата

86. Както е видно от тълкуването на членове 6 и 7 от Директивата, заблуждаващите търговски практики се характеризират преди всичко с елемент на заблуда относно основни характеристики на даден продукт. Съгласно член 6, параграф 1, буква г) от Директивата цената също фигурира сред основните характеристики на даден продукт.

87. В Решение по дело Oosthoek's Uitgeversmaatschappij [70], на което се позовава австрийското правителство в доводите си, във връзка със съвместимостта на забрана на добавки в Нидерландия със свободното движение на стоки Съдът постановява, че „предлагането на бонуси като средство за стимулиране на продажбите може да въведе потребителите в заблуда относно действителните цени на продуктите и да наруши изискването за конкуренция, основана на престациите на съответните оператори“. От това Съдът заключава, че „разпоредба, която ограничава или дори забранява на това основание подобни търговски практики, може да допринесе за защитата на потребителите и за лоялност в търговските сделки“.

88. Тези констатации, направени много преди приемането на Директива 2005/29, са напълно актуални, тъй като, при правилно разбиране на цитирания по-горе пасаж от това съдебно решение, те всъщност

69 — Вж. точка 55, стр. 21 от становището на австрийското правителство.

70 — Решение от 15 декември 1982 г. по дело Oosthoek's Uitgeversmaatschappij (286/81, Recueil, стр. 4575, точка 18).

се отнасят до абстрактната опасност, произтичаща от свързаните оферти, които евентуално не позволяват да се установи в достатъчна степен цената на отделния продукт. Индикация за това е използването на глагола „може“ в първото изречение. Поради това Съдът имплицитно приема необходимостта от оценка на отделния случай, както изисква и общностният законодател в Директива 2005/29.

89. Независимо от това, от посоченото съдебно решение е видно, че Съдът се произнася само по въпроса за съвместимостта на въпросната забрана на бонуси със свободното движение на стоки, отчитайки специалната законова уредба. Следователно прилагането на изводите на Съда към случая по главното производство просто не е възможно. При тези обстоятелства доводът, че всяко използване на добавки крие риск от заблуда без оглед на съответната уредба, е лишен от всякакво основание.

90. Налага се изводът, че спорната разпоредба, както е тълкувана ограничително в австрийската съдебна практика, не може да се приема за съответстваща на член 6, параграф 1, буква г) от Директивата.

Агресивни търговски практики по смисъла на член 8 от Директивата

91. Също така не може да става въпрос за общо класифициране на свързаните оферти в категорията на агресивните търговски практики, тъй като за целта член 8 от Директивата изисква въздействие върху свободата на избор или поведение на средния потребител по отношение на стоката по-конкретно чрез тормоз, принуда или използване на физическа сила.

92. Тази характеристика обаче нито е типична за свързаните оферти, нито е налице в случая по главното производство. От това следва, че въпреки ограничителното тълкуване спорната разпоредба е несъвместима с член 8 от Директивата.

– Член 5, параграф 2 от Директива 2005/29

93. Съгласно Директива 2005/29 забраната е възможна само ако дадена търговска практика следва да бъде оценена като нелоялна, защото противоречи на изискванията за дължимата професионална грижа и съществено изопачава или е възможно съществено да изопачи икономическото поведение на средния потребител по отношение на продукта. За целта условията за

прилагане на член 5, параграф 2, букви а) и б) трябва да са изпълнени кумулативно [71].

94. На свой ред анализът на съвместимостта на член 9а, параграф 1, точка 1 от UWG с член 5, параграф 2 от Директива 2005/29 протича на два етапа. Най-напред следва да се провери дали разпоредбата на член 9а, параграф 1, точка 1 от UWG, имайки предвид вече посоченото ограничително тълкуване, установява същите правни изисквания за забрана като Директивата. При утвърдителен отговор следва да се анализира дали тази национална разпоредба обхваща само случаи на практики, които трябва да се разглеждат като нелоялни по смисъла на член 5, параграф 2.

Възможност за съществено изопачаване на поведението на средния потребител

Съответствие на правните изисквания

95. Във всеки случай съществува голяма степен на идентичност на съдържанието на спорната правна разпоредба с изискванията на Директива 2005/29 по отношение на изискването по член 5, параграф 2, буква б), тъй като съгласно ограничителното тълкуване от австрийските юрисдикции за целите на установяването на добавка, забранена по смисъла на член 9а, параграф 1 от UWG, също се изисква нейното обявяване, предлагане или предоставяне „обективно да е от естество да изопачи поведението на потенциалните потребители“. Впрочем в акта си за преюдициално запитване самата запитваща юрисдикция посочва възможността това изискване, развито от австрийската съдебна практика, да се тълкува по смисъла на член 5, параграф 2, буква б) [72]. Няма съмнения относно посоченото тълкуване, доколкото това по същество еднакво формулирано изискване по националното право има същото значение както по общностното право.

Съответствие на приложното поле

96. Всъщност съгласно легалната дефиниция, съдържаща се в член 2, буква д), под „съществено изопачаване на икономическото поведение на потребителя“ по смисъла на тази разпоредба трябва да се разбира „използване на търговска практика, която значително накърнява способността на потребителя да вземе решение

71 — В този смисъл *Abbamonte*, G., цит. в бележка под линия 57, стр. 21; *Massaguer*, J. El nuevo derecho contra la competencia desleal — La Directiva 2005/29/CE sobre las Prácticas Comerciales Desleales. Cizur Menor 2006, p. 58; *Maione*, N. Le Pratiche commerciali sleali nella direttiva 2005/29/CE. — Lezioni di diritto privato europeo. 2007, p. 1068.

72 — Вж. точка 10 от акта за преюдициално запитване.

на база осведоменост, принуждаващо потребителя да вземе решение за сделка, което не би взел при други обстоятелства“. Предмет на защита на тази разпоредба е правният интерес на потребителя от свобода на избор [73].

97. Дори с преюдициалния си въпрос запитващата юрисдикция да иска да се установи в общ аспект съвместимостта на член 9а, параграф 1, точка 1 от UWG с Директивата, за решаването на спора по главното производство е релевантен въпросът за съвместимостта на член 9а, параграф 1, точка 1 от UWG не по отношение на всички случаи (вестници и бонуси), попадащи в приложното му поле, а само по отношение на свързаните оферти на вестници и игри с награди. В становищата си страните в производството също изтъкват на първо място тази специфична форма на свързани сделки, която може да се окаже проблематична от гледна точка на защитата на потребителите. По тази причина по-нататък е необходимо да се разгледа по-задълбочено само въздействието на тази конкретна търговска практика върху поведението на потребителите.

98. Австрийското правителство счита посоченото по-горе изискване за изпълнено, що се отнася до свързаните оферти на стоки и игри с награди [74]. То посочва, че именно в случая на периодични издания на сравнително ниска цена на дребно като разглежданите в главното производство потребителят избира да закупи основната стока по субективни причини поради надеждата да спечели. Според това правителство точно в този случай перспективата за безплатно участие в игра с награди с надеждата за непропорционално голяма печалба може да изопачи съществено покупателното поведение на потребителя в медийния сектор.

99. Следва да се приеме позицията на австрийското правителство, че използването на игри с награди в рекламния бизнес е напълно от естество да събуди желанието у човека за участие в игри. Както вече изтъкнах в моето заключение по дело Plus Warenhandelsgesellschaft [75], посочено по-горе, такива игри до известна степен привличат хората, не на последно място поради перспективата за евентуално много големи печалби. Тяхното използване може да привлече вниманието на потенциалните клиенти и да го насочи към определени цели в рамките на избраната рекламна стратегия. Следователно изтъкнатият довод във връзка с възможността

73 — Но не и икономическият интерес на потребителя. Според *Abbamonte*, G., цит. в бележка под линия 57, стр. 23, тази разпоредба изхожда от принципната хипотеза, че по правило нелоялните търговски практики изопачават предпочитанията на потребителя, като накърняват неговата свобода на избор или способност да вземе решение. Вследствие на това потребителите купуват стоки, които не им са нужни, или такива, които при други обстоятелства — без да е налице накърняване — биха считали за стоки с ниско качество. Според становището на този автор член 5, параграф 2, буква б) от Директива 2005/29 обаче не изисква потребителят да е претърпял икономическа вреда. Авторът счита такова съставомерно изискване за непропорционално поради възможността за съществено понижаване на степента на защита на потребителя в рамките на Европейския съюз.

74 — Вж. точка 51, стр. 20 от становището на австрийското правителство.

75 — Посочено в бележка под линия 20, точка 93.

такава търговска практика евентуално да изопачи съществено покупателното поведение на потребителя в медийния сектор, разгледано като цяло, не трябва да се пренебрегва.

100. При все това е съмнително дали такъв обобщаващ начин на разглеждане автоматично е съвместим с изискванията на общностното право, имайки предвид, както стана ясно, че от една страна, Директива 2005/29 изисква националните юрисдикции и органи да извършат всеобхватна оценка на обстоятелствата по конкретния случай, за да направят извод за нелоялността на конкретна търговска практика [76], а от друга страна, за целите на анализа на начина на въздействие на съответната рекламна мярка тя се основава на възприятието на средния потребител или на средния представител на група потребители.

101. Както е видно от съображение 18 от Директива 2005/29, използваното в нея понятие за средния потребител съответства точно на развития в съдебната практика модел на потребителя [77], който „е сравнително добре информиран и сравнително наблюдателен и предпазлив“, като следва да се отчитат „обществените, културни и лингвистични фактори“. Понятието за средния потребител е по-конкретно разяснено в последното изречение от съображение 18, като се подчертава, че то „не е статистическ[о понятие]“. Освен това се посочва, че „[н]ационалните съдилища и властите трябва да използват своята собствена преценка за отсъждане на решения, като вземат предвид съдебната практика на Съда на Европейските общности, основана върху прецеденти, за да определят типичната реакция на средния потребител в конкретен случай“.

102. Развитият в практиката на Съда метод на анализ на въздействието на рекламна мярка върху средния потребител се основава на принципа на пропорционалност. Този метод има за цел да се установи разумен баланс между, от една страна, целта за защита на потребителите, и от друга страна, необходимостта от насърчаване на движението на стоки във вътрешен пазар, характеризиращ се със свободна конкуренция. Приемайки Директива 2005/29, общностният законодател занапред кодифицира този метод, като в съответствие с

76 — Вж. точки 76—78 от настоящото заключение.

77 — Вж. относно модела на потребителя в практиката на Съда Решение от 16 януари 1992 г. по дело X (C-373/90, Recueil, стр. I-131, точки 15 и 16), Решение от 16 юли 1998 г. по дело Gut Springenheide и Tusky (C-210/96, Recueil, стр. I-4657, точка 31), Решение на Съда от 4 май 1999 г. по дело Windsurfing Chiemsee (C-108/97 и C-109/97, Recueil, стр. I-2779, точка 29), Решение от 13 януари 2000 г. по дело Estée Lauder (C-220/98, Recueil, стр. I-117, точка 27), Решение от 21 юни 2001 г. по дело Комисия/Ирландия (C-30/99, Recueil, стр. I-4619, точка 32), Решение от 24 октомври 2002 г. по дело Linhart и Biffl (C-99/01, Recueil, стр. I-9375, точка 31), Решение от 8 април 2003 г. по дело Pippig Augenoptik (C-44/01, Recueil, стр. I-3095, точка 55), Решение от 12 февруари 2004 г. по дело Koninklijke KPN Nederland (C-363/99, Recueil, стр. I-1619, точка 77) и Решение от 12 февруари 2004 г. по дело Henkel (C-218/01, Recueil, стр. I-1725, точка 50), Решение от 9 март 2006 г. по дело Matratzen Concord (C-421/04, Recueil, стр. I-2303, точка 24) и Решение от 19 септември 2006 г. по дело Lidl Belgium (C-356/04, Recueil, стр. I-8501, точка 78).

практиката на Съда поверява на националните юрисдикции и властите задачата по анализа. Целта е по този начин да се избегне рискът идентични търговски практики да са предмет на различни оценки в различните държави членки и да се осигури по-висока степен на правна сигурност за потребителите и конкурентите [78].

103. Прилагането на критерия за „средния потребител, който е сравнително добре информиран и сравнително наблюдателен и предпазлив“ трябва да се тълкува от правна страна в смисъл, че поддържането на разумно съотношение между двете цели налага да се поставят съответно високи изисквания към изпълнението на фактическия състав по член 5, параграф 2, буква б). В този смисъл не всяка търговска практика може да се разглежда като съставомерна само поради възможността ѝ да повлияе върху вземането на решение за закупуване. Всъщност от гледна точка на общностното право потребителят се счита за способен да разпознае потенциалната опасност, произтичаща от определени търговски практики и в съответствие с това да предприеме разумни действия [79]. Тази позиция е логична и от гледна точка на регулаторната политика, за да не трябва да се разглежда като нелоялна и следователно като подлежаща на забрана всякаква форма на реклама, която, макар евентуално да е провокативна, все пак е общопризнато, че не крие опасности [80].

104. Както според мен правилно изтъква ответникът в главното производство [81], в нашето съвремие на средния потребител по принцип е известно, че рекламата и промоцията на продажби в условията на свободна пазарна икономика се стремят да спечелят клиенти не само с цената и качеството на дадена стока, но и с обещание за множество допълнителни ползи. Те могат да са от емоционално естество, като например в случая на рекламите, насочени към чувството за свобода и независимост или принадлежността към определена социална група, или допълнителни ползи с напълно икономически характер като добавките. Следователно е логично в определената от общностното право регулаторна рамка за съответно относително информирания и сравнително наблюдателния и

78 — *Abbamonte*, G., цит. в бележка под линия 57, стр. 25 посочва, че приемайки Директива 2005/29, общностният законодател занапред кодифицира този метод, който юрисдикциите на някои държави членки не са прилагали. Авторът счита, че по този начин се ограничава рискът идентични търговски практики да са предмет на различна оценка в рамките на Европейския съюз и се повишава правната сигурност. Подобно становище застъпват още *Wiebe*, A., цит. в бележка под линия 38, стр. 75 и *Micklitz*, H.W. Das Konzept der Lauterkeit in der Richtlinie 2005/29/EG. — Droit de la consommation/Konsumentenrecht/Consumer law, Liber amicorum Bernd Stauder. Basel 2006, p. 311. *Weatherill*, S., цит. в бележка под линия 58, стр. 135 посочва, че предвид различното потребителско поведение прилагането на критерия за средния потребител може наистина да изглежда изкуствено, но е абсолютно необходимо, за да съществува функционираща, хармонизирана регулаторна система.

79 — *Lecheler*, H. Verbraucherschutz. — in: Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts. (ed. Manfred Dauses). vol. 2, München 2004, No.V, pt. 27, p. 11 тълкува практиката на Съда (посочена в бележка под линия 77) в смисъл, че се изхожда от потребител, който по принцип действа разумно и предпазливо, може да се ориентира и е способен да се самоопределя.

80 — Така *Maione*, N., цит. в бележка под линия 71, стр. 1068, отбелязва, че волята на общностният законодател е не забрана на всякаква търговска практика, оказваща влияние върху покупателното поведение на потребителя, а само на онези практики, които нарушават дължимата професионална грижа и накърняват свободата на избор на потребителя.

81 — Вж. стр. 10 от становището на ответника в главното производство.

предпазлив потребител да се запази възможността да направи избор дали ще закупи даден продукт поради рекламираните предимства или поради качеството му, или дори поради ниската му цена [82].

като опекунство на потребителя [83]. Същевременно то би ограничило несъразмерно свободното движение на стоки и свободното предоставяне на услуги. Всъщност такава забрана би надхвърлила необходимото за отчитане както на интересите на потребителите, така и на свободното движение на стоки и свободното предоставяне на услуги.

105. Присъщото на всяка законова принципна забрана допускане, че всякакъв вид свързана оферта на стока и игра с награди е опасна независимо от риска, който действително представлява, и независимо от особеностите на съответните ѝ адресати, и че поради това трябва да се забрани, не би съответствало на общностноправния модел на потребителя. В крайна сметка то би трябвало да бъде възприето

Междинно заключение

106. В обобщение следва да се посочи, че съдържащата се в член 9а, параграф 1, точка 1 от UWG забрана на свързани оферти, така както е тълкувана ограничително от австрийската съдебна практика, се основава на претегляне на интереси от страна на законодателя, което не съответства на изискванията на Директива 2005/29.

107. Въпреки че този извод е достатъчен, за да се даде утвърдителен отговор на първия преюдициален въпрос, в отговор на изложеното от запитващата юрисдикция и австрийското правителство по-нататък ще анализирам, при условията на

82 — В този смисъл също и *Kucsko*, G., цит. в бележка под линия 39, стр. 709, който изразява съмнение относно все още решаващото значение в днешно време на доводите, които са били в основата на подготвителните документи по Prämiengesetz от 1929 г. (който в крайна сметка е източникът за забраната на добавките, установена с член 9а, параграф 1, точка 1 от UWG). Според автора съвременният потребител е много по-критичен и просветен. Също така през последните десетилетия са настъпили съществени промени в медийния свят. Потребителят е подложен в много по-голяма степен на усилия да бъде привлечен чрез реклама, която съвсем не винаги е обективна, и е свикнал с нея. Авторът счита, че „имиджът“ на определени марки е натоварен с асоциации, които отдавна нямат вече нищо общо с действителните качества на продуктите. Той подчертава, че все пак, от друга страна, постоянното публикуване на обективни сравнителни изпитвания, маркировки за одобрение, списания за потребителите, съдържащи критики, и др. са довели до изостряне на способността за преценка на потребителите не само по отношение на продуктите, предмет на съответно изпитване, но и в съвсем общ аспект. В резултат на това според автора в днешно време потребителят много по-рано е в състояние сам да прецени дали иска да се остави да бъде „субективно примамен“ или цената на основната стока му е твърде висока. Всъщност в случая на добавка той получава много повече от нематериален „имидж“, а именно реална стока или услуга. Авторът стига до извода, че днес вече не е убедителен доводът, изведен от намерението за защита на потребителя, който лишава потребителя от отговорност.

83 — *Heidinger*, R., цит. бележка под линия 17, стр. 46 и *Wittmann*, H. EuGH: Zugabenverbot vor dem Fall? — Medien und Recht. 6/2008, p. 284, подемат като тема опасенията на запитващата юрисдикция, изразени в акта за преюдициално запитване. Те отбелязват, че залегналият в основата на член 5, параграф 2 от Директива 2005/29 модел на носещия отговорност за действията си потребител не е в подкрепа на тезата за нелоялност в случая по главното производство. Според тези автори такава широкообхватна защита на потребителите противоречи на модела на носещия отговорност за действията си потребител, който по принцип трябва да разполага с възможността за вземане на икономически решения и по субективни съображения.

евентуалност, съвместимостта на спорната разпоредба с другите условия по член 5, параграф 2 от Директивата.

Нарушение на дължимата професионална грижа

Съответствие на правните изисквания

108. От обстоятелството, че и след ограничителното ѝ тълкуване в спорната разпоредба е направен пълен отказ от същественото условие за нарушение на дължимата професионална грижа, така както е установено в член 5, параграф 2, буква а) от Директивата, става ясно, че е налице явна разлика спрямо изискванията на Директивата.

109. В това отношение австрийското правителство изтъква, че изискването за дължима професионална грижа всъщност е присъщо на спорната разпоредба, тъй като тя има за цел защитата на конкуренцията срещу рисковете от възползване от пристрастеността на потребителите към игри. То счита, че съответната юрисдикция трябва да проверява спазването на дължимата професионална грижа в конкретния случай в зависимост от специфичните за професията изисквания [84]. Този довод следва да се разбира в смисъл, че спорната национална разпоредба има за цел да транспонира и това изискване, макар и чрез коригиращо тълкуване от страна на компетентната юрисдикция.

110. Това изложение относно националното право все пак е неубедително, имайки предвид, че запитващата юрисдикция все пак изрично посочва, че за разлика от случая с вече посоченото изискване за съществено изопачаване на поведението на потребителя [85], австрийските юрисдикции не са в състояние да проверяват дали обявяването, предлагането или предоставянето на добавка има и по същество нелоялен характер, защото това противоречи на изискванията за дължимата професионална грижа [86]. Ето защо запитващата юрисдикция се съмнява, че обща забрана на добавките в сегашната редакция може да е съвместима с Директива 2005/29.

Междинно заключение

111. Следователно изложението на запитващата юрисдикция потвърждава моята преценка, че забраната на

84 — Вж. точка 47, стр. 19 от становището на австрийското правителство.

85 — Вж. точка 95 от настоящото заключение.

86 — Вж. стр. 10 от акта за преюдициално запитване.

свързаните оферти, съдържаща се в член 9а, параграф 1, точка 1 от UWG, не е съобразена с изискванията на Директивата и по отношение на предвиденото в член 5, параграф 2, буква а) изискване. Поради това в спорната разпоредба не може да се установи наличието на съгласуване с предвидените в член 5, параграф 2, буква а) правни изисквания. Също така не е доказано, че австрийското право на конкуренцията предвижда друго изискване, което приблизително съответства на правните изисквания по член 5, параграф 2, буква а).

112. Предвид обстоятелството, че това е достатъчно, за да се направи извод за несъвместимостта на спорната разпоредба с член 5, параграф 2 от Директива 2005/29, не виждам причина да продължа с проверката въз основа на тази разпоредба от Директивата.

в) Заключение

113. Национална разпоредба като член 9а, параграф 1, точка 1 от UWG, която — така, както се тълкува — въвежда принципна забрана на свързаните оферти, без да предвижда възможност за отчитане в достатъчна степен на всички обстоятелства по всеки отделен случай, по същността си е по-ограничителна и по-строга от разпоредбите на Директива 2005/29.

114. Във връзка с това следва да се отбележи, че член 9а, параграф 1, точка 1 от UWG се отнася до област, която подлежи на пълна хармонизация и спрямо която не се прилагат преходните разпоредби на член 3, параграф 5 от Директива 2005/29. Нито една от страните в производството не доказва, че спорната национална правна разпоредба се отнася до една от областите, посочени в съображение 9 от Директивата [87]. Също така неприложимо е предвиденото в член 3, параграф 9 от Директива 2005/29 изключение.

115. Тази принципна забрана на свързаните оферти по член 9а, параграф 1, точка 1 от UWG съгласно описаното по-горе ограничително тълкуване в крайна сметка води до разширяване на изчерпателния списък на забранените търговски практики от приложение I от Директивата, което безусловно е забранено на държавите членки с оглед на предвидената в Директива 2005/29 пълна и максимална

87 — Както правилно отбелязва *Schuhmacher*, W., цит в бележка под линия 21, стр. 131, в съображение 9 от Директива 2005/29 са изброени някои ограничения на цялостната хармонизация. При все това в настоящото преюдициално производство нито една от страните не доказва изрично приложимостта на тези ограничения към случая по главното производство. Разгледан обективно, случаят и не изглежда да е такъв.

хармонизация [88]. Едностранни разширявания на този списък от страна на държавите членки са забранени, предвид обстоятелството че съгласно член 5, параграф 5 този списък може да бъде променян само чрез изменение на самата директива, т.е. в съответствие с процедурата на съвместно вземане на решение, предвидена в член 251 ЕО.

116. Предвид гореизложените съображения правя извод, че национална разпоредба като съдържащата се в член 9а, параграф 1, точка 1 от UWG въпреки ограничителното тълкуване не съответства на изискванията на Директива 2005/29.

Относно оттеглянето на предложението на Комисията за регламент относно промоциите на продажбите във вътрешния пазар

117. Австрийското правителство основава част от доводите си на отделни разпоредби от предложението за регламент относно промоциите на продажбите във вътрешния пазар, оттеглено в крайна сметка от Комисията [89]. Тези разпоредби са съдържали по-конкретно правила относно предлагането на безплатни имуществени облаги, добавки или на възможността за участие в конкурси с награди и в игри с награди. Австрийското правителство счита, че оттеглянето на проекта за този регламент му позволява да заключи, че предметът, който проектът на регламента относно промоциите на продажбите е щял да обхваща, продължава да бъде неуреден и не попада например в приложното поле на Директива 2005/29.

118. По въпроса за последиците от оттеглянето на това предложение на Комисията за правното третиране на свързаните оферти вече изложих подробно становището си в заключението по дело VTB-VAB и Galatea [90], посочено по-горе, и в заключението по дело Plus Warenhandelsgesellschaft [91], посочено по-горе. Повод за това са по същество еднаквите доводи на белгийското и на германското правителство по тези дела. В тези заключения посочвам причините, поради които считам, че не е възможно да се направят изводи за тълкуване на Директива 2005/29 нито от предложението на Комисията за регламент относно промоциите на продажбите във вътрешния пазар, нито от предложенията за изменения, представени в рамките на законодателната процедура.

88 — *Abbamonte, G.*, цит. в бележка под линия 57, стр. 21, посочва, че държавите членки нямат право да разширяват по свое усмотрение изчерпателния списък на забранените търговски практики, съдържащ се в приложение I към Директива 2005/29. Ако им бе позволено да го правят, това би довело до заобикаляне на целта на Директивата за максимална хармонизация, което би накърнило целта за създаване на правна сигурност. *Keirsbilck*, B., цит. в бележка под линия 14, стр. 522, определя списъка на забранените търговски практики, съдържащ се в приложение I, като изчерпателен.

89 — Предложение за регламент на Европейския парламент и на Съвета относно промоциите на продажбите във вътрешния пазар, представено от Комисията на 15 януари 2002 г., COM(2001) 546 окончателен.

90 — Посочено в бележка под линия 15, точки 90—94.

91 — Посочено в бележка под линия 20, точки 106—111.

119. Посоченото по-горе предложение всъщност се отнася до общностна правна уредба, която в крайна сметка не е влязла в сила и поради това никога не е станала част от общностния правов ред. Следователно това предложение не може така лесно да се използва като предмет на тълкуване. Това важи с още по-голяма сила в случай като този на посочения проект за регламент, когато Комисията оттегля предложението си по своя инициатива. Не бива да забравяме, че Комисията има право на законодателна инициатива, а следователно и възможността да оттегли предложенията си. Независимо от това следва да се има предвид, че в рамките на законодателния процес тези предложения могат да претърпят многократни изменения от страна на Съвета и Парламента, така че използването им като спомагателни средства за тълкуване може да бъде само ограничено [92]. Следователно относно окончателната редакция на такъв регламент могат да се правят само предположения. В този смисъл такова предложение не може да обоснове защитата на оправданите правни очаквания.

120. При всички положения държава членка не може да разчита на успех, позовавайки се на защитата на оправданите правни очаквания, когато е взела активно участие и в двете законодателни процедури. Законодателните процедури, свързани с регламента и Директива 2005/29, отчасти са се застъпвали по време. Като конституционен представител на държава членка, представена в Съвета, австрийското правителство е взело активно участие и в двете законодателни процедури и поради това постоянно е било информирано за етапа, на който те се намират. Поради това то няма правни основания да се позовава на незнание относно развитието на двете законодателни процедури.

121. Съдът изрично подчертава особената отговорност на представените в Съвета правителства на държавите членки във връзка с транспонирането на директивите. Затова той приема, че с оглед на участието на последните в подготовката на директивите те трябва да са в състояние да подготвят в установения срок необходимите за тяхното прилагане законодателни текстове [93].

122. Ето защо най-късно към момента на оттеглянето на предложението на Комисията [94] австрийското правителство е

92 — Вж. точка 83 от моето заключение, представено на 29 октомври 2009 г. по дело Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid (C-484/08, все още непубликувано в Сборника). Вж. в този смисъл *Riesenhuber*, K. Die Auslegung. — in: Europäische Methodenlehre. Berlin, 2006, p. 257; pt. 31. Авторът заявява, че историческото тълкуване, което използва предисторията и историята на създаването, играе централна роля в европейското частно право. Ако тълкуването има за цел да установи волята на законодателя, то на първо място трябва да се установи чия е меродавната воля. Единственият демократично легитимен законодател са органите на законодателната власт, чието съгласие е отразено в правния акт в конкретния случай. От друга страна, различни органи имали само консултативни компетенции, а и Комисията имала само право на законодателна инициатива и възможност да оттегля предложенията си, които по всякакъв начин могат да бъдат променяни в хода на законодателния процес. От това, че предложенията, респективно желанията на Комисията не са приети, може най-много (но не и задължително) да се изведе аргумент a contrario.

93 — Решение от 1 март 1983 г. по дело Комисия/Белгия (301/81, Recueil, стр. 467, точка 11) и Решение от 23 ноември 2000 г. по дело Комисия/Франция (C-319/99, Recueil, стр. I-10439, точка 10).

94 — Решението на Комисията да оттегли предложението си е публикувано в ОВ C 64, 2006 г., стр. 3. Комисията обаче обявява решението си още в своето съобщение „Резултат от аналитичния преглед на законодателните предложения, по които законодателната процедура е в ход“ (COM(2005) 462 окончателен, 27 септември 2005 г., стр. 10).

трябвало да проучи въпроса доколко материалното приложно поле на Директива 2005/29 обхваща и областите, които дотогава се е предвиждало да бъдат уредени от регламента. Необходимостта от подобен подход е очевидна, още повече че според първоначалната концепция предназначението на Директива 2005/29 е било, от една страна, да въведе общи субсидиарни разпоредби в областта на общностното право за защитата на потребителите, а от друга страна, да постигне пълна хармонизация на правната уредба на държавите членки по отношение на нелоялните търговски практики [95]. С оглед на факта, че оттеглянето е извършено в момент, когато срокът за транспониране на Директива 2005/29 все още не е бил изтекъл, австрийският законодател е трябвало да отчете тази информация при адаптирането на националното право.

123. Накрая, следва да се отбележи, че в Решение по дело VTB-VAB и Galatea, посочено по-горе, Съдът не е разгледал идентичните по същество доводи на белгийското правителство, с което имплицитно дава израз на позицията си, че не приема тази посока на разсъждения. Това в крайна сметка е потвърдено в Решение по дело Plus Warenhandelsgesellschaft, посочено по-горе [96].

95 — Вж. в този смисъл и *Stuyck*, J., цит. в бележка под линия 18, стр. 161, който изказва предположението, че някои държави членки очевидно не са си давали сметка, че разпоредбите на оттегленото предложение за регламент, засягащи отношенията между търговците и потребителите, в крайна сметка всъщност биват включени в Директива 2005/29 (с оглед на нейната цел за пълна хармонизация).

96 — Решение по дело Plus Warenhandelsgesellschaft, посочено в бележка под линия 5, точка 33.

124. Поради това този довод следва да бъде отхвърлен.

5. Заключения

125. В обобщение се налага изводът, че аргумент срещу съвместимостта на спорната национална разпоредба с изискванията на Директива 2005/29 е, на първо място, обстоятелството, че като установява принципна забрана, тази разпоредба се характеризира с регулаторна структура, която не позволява в същата степен като Директивата преценка на конкретната търговска практика по отношение на нейната лоялност за всеки отделен случай [97].

126. Освен това се налага изводът, че спорната национална разпоредба не може да се приеме за надлежно транспониране на разпоредбите в член 5, параграфи 2, 4 и 5 от Директивата, включително въз основа на ограничително тълкуване като застъпеното от австрийското правителство. Това се дължи на обстоятелството, че законовите условия, предвидени от националното право, или не съответстват на предвидените в Директивата условия за квалифицирането на търговска практика като нелоялна, или не е възможно да бъдат тълкувани в съответствие с Директивата.

97 — Вж. точки 76—79 от настоящото заключение.

127. Имайки предвид, че Директива 2005/29 не допуска забрана на свързаните оферти като тази по член 9а, параграф 1, точка 1 от UWG, не е необходимо да се разглежда въпросът за евентуално нарушение на основните свободи [98].

128. При тези условия на първия преюдициален въпрос следва да се отговори, че разпоредбите на Директива 2005/29 не допускат национална разпоредба, която с изключение на няколко изчерпателно изброени случая забранява обявяването, предлагането и предоставянето на безплатни добавки към периодичните издания, както и обявяването на безплатни добавки към други продукти и услуги, без да предвижда задължение за проверка във всеки отделен случай дали подобна търговска практика е заблуждаваща, агресивна или нелоялна, дори когато с тази национална разпоредба се преследват не само целите за защита на потребителите, но и други цели, които не попадат в материалния обхват на посочената директива, например за запазване на медийния плурализъм или за защита на по-слабите конкуренти.

129. Накрая, в това отношение следва да се припомни, че противно на това, което изглежда смята запитващата юрисдикция [99], според практиката на Съда [100] при всички положения общностното право не изисква от националните юрисдикции в случаите, когато са сезирани със спор между частноправни субекти, да не прилагат национално право, което е несъвместимо с дадена директива.

B — *По втория преюдициален въпрос*

130. Разумно тълкуван, вторият преюдициален въпрос има за цел по същество да се установи от Съда дали при определени обстоятелства, които запитващата юрисдикция очевидно счита, че съществуват, дадена търговска практика може да се разглежда като „нелоялна“ по смисъла на член 5, параграф 2 от Директива 2005/29. В изложението си запитващата юрисдикция изхожда конкретно от предпоставката, че „свързаната със закупуване на вестник възможност за участие в игра с награда […] поне за част от съответните потребители […] се явява наистина не единственото, но със сигурност решаващото съображение за закупуването на вестника“. Тази

98 — Вж. Решение по дело VTB-VAB и Galatea, посочено в бележка под линия 4, точка 67.

99 — Вж. точка 2.2 на стр. 13 от акта за преюдициално запитване. В нея запитващата юрисдикция, както твърди, изхожда от „безпредметността“ на член 9а, параграф 1, точка 1 от UWG, в случай че Съдът даде утвърдителен отговор на първия преюдициален въпрос.

100 — Вж. относно непосредственото хоризонтално действие на директивите Решение по дело Marleasing (посочено в бележка под линия 64, точка 6), Решение по дело Faccini Dori (посочено в бележка под линия 64, точка 24 и сл.), Решение от 26 септември 2000 г. по дело Unilever Italia (C-443/98, Recueil, стр. I-7535, точка 50). Вж. относно възможността за предявяване на право на обезщетение, основано на отговорността на държавата по силата на общностното право в случая, когато не е възможно тълкуване на националните разпоредби по начин, който да е съвместим с Директивата, Решение на Съда от 8 октомври 1996 г. по дело Dillenkofer и др. (C-178/94, C-179/94 и C-188/94—C-190/94, Recueil, стр. I-4845), Решение от 24 септември 1998 г. по дело EvoBus Austria (C-111/97, Recueil, стр. I-5411, точки 27 и 28) и Решение от 28 октомври 1999 г. по дело Alcatel Austria и др. (C-81/98, Recueil, стр. I-7671, точки 49 и 50).

характеристика е релевантна преди всичко за това да се установи дали в конкретния случай съществува значително изопачаване на поведението на средния потребител по смисъла на член 5, параграф 2, буква б) от Директивата.

131. Член 5, параграф 2, буква б) от Директивата уточнява, че от първостепенно значение е ефектът на определена търговска практика върху поведението на средния потребител, до когото достига или за когото е предназначена стоката. При това тази разпоредба от Директивата не само възприема метода на анализ, развит в практиката на Съда, но и го усъвършенства, като го адаптира към положения, в които са засегнати интересите на специфични групи [101]. В случай че определена търговска практика е ориентирана към определена група потребители, от значение е дали тази търговска практика съществено изопачава или е възможно да изопачи икономическото поведение на средния представител на тази група. В рамките на този анализ трябва да се държи сметка за гледната точка на средния потребител, като по-конкретно се вземат предвид неговите очаквания и прогнозни реакции [102].

132. Предвид факта, че поканата за участие в игра с награди, публикувана от ответника в главното производство в неговия вестник, е отпечатана във вестник, предназначен за широката публика, а не например в спортен вестник, задължение на националната юрисдикция е да провери доколко посочената оферта евентуално е ориентирана към специфична група читатели и поради това е необходимо да бъде приложен този втори критерий за преценка.

133. Независимо от това, нека не забравяме, че за да се направи извод за нелоялния характер на дадена търговска практика по смисъла на член 5, параграф 2, условията за прилагане по букви а) и б) от тази разпоредба трябва да са изпълнени кумулативно [103]. Следователно в главното производство допълнително би следвало да бъде потвърдено наличието на нарушение на изискванията за дължимата професионална грижа. В член 2, буква з) от Директивата понятието „дължима професионална грижа“ е определено като „норма на специални умения и грижи, очакващи се от търговеца да извърши спрямо потребителите в разумни граници, които умения съответства[т] на честната пазарна практика и/или на общия принцип на добросъвестност в сферата на дейност на търговеца“. Националният съд трябва да провери в частност дали в главното производство е налице такова нарушение.

134. Поради това на втория преюдициален въпрос следва да се отговори, че свързаната със закупуване на вестник възможност за участие в игра с награда не представлява нелоялна търговска практика по смисъла на член 5, параграф 2 от Директива 2005/29 само поради факта че поне за част от съответните потребители тази възможност за участие се явява наистина не единственото, но със сигурност решаващото съображение за закупуването на вестника.

101 — В този смисъл вж. също *Abbamonte*, G., цит. в бележка под линия 57, стр. 25, който говори за усъвършенстване чрез модулиране на този метод на анализ в случай на засягане на интересите на специфични групи.

102 — *Abbamonte*, G., цит. в бележка под линия 57, стр. 25, посочва примери за прилагането на тази разпоредба. Когато търговска практика е ориентирана към определена група потребители, например деца или ракетни техници, трябва да се вземе предвид гледната точка на средния представител на тази група. Според автора в случай на реклама на детски играчки в рамките на детско предаване трябва да се държи сметка за очакванията и прогнозните реакции на средното дете от тази целева група и да се игнорират очакванията и реакциите, присъщи на дете, което по изключение е незряло.

103 — Вж. точка 93 от настоящото заключение.

VII — Заключение

135. Предвид гореизложените съображения предлагам на Съда да отговори по следния начин на преюдициалните въпроси, поставени от Oberster Gerichtshof:

„1) Разпоредбите на Директива 2005/29/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 11 май 2005 година относно нелоялни търговски практики от страна на търговци към потребители на вътрешния пазар и изменение на Директива 84/450/ЕИО на Съвета, Директиви 97/7/ЕО, 98/27/ЕО и 2002/65/ЕО на Европейския парламент и на Съвета, и Регламент (ЕО) № 2006/2004 на Европейския парламент и на Съвета („Директива за нелоялни търговски практики“) трябва да се тълкуват в смисъл, че не допускат национална разпоредба като член 9а, параграф 1, точка 1 от UWG, която с изключение на няколко изчерпателно изброени случая забранява обявяването, предлагането и предоставянето на безплатни добавки към периодичните издания, както и обявяването на безплатни добавки към други продукти и услуги, без да предвижда задължение за проверка във всеки отделен случай дали подобна търговска практика е заблуждаваща, агресивна или нелоялна, дори когато с тази национална разпоредба се преследват не само целите за защита на потребителите, но и други цели, които не попадат в материалния обхват на посочената директива, например за запазване на медийния плурализъм или за защита на по-слабите конкуренти.

2) Свързаната със закупуване на вестник възможност за участие в игра с награда не представлява нелоялна търговска практика по смисъла на член 5, параграф 2 от Директива 2005/29 само поради факта че поне за част от съответните потребители тази възможност за участие се явява наистина не единственото, но със сигурност решаващото съображение за закупуването на вестника“.