



Συλλογή της Νομολογίας

ΠΡΟΤΑΣΕΙΣ ΤΗΣ ΓΕΝΙΚΗΣ ΕΙΣΑΓΓΕΛΕΑ
VERICA TRSTENJAK
της 6ης Σεπτεμβρίου 2012¹

Υπόθεση C-206/11

Georg Köck
κατά
Schutzverband gegen unlauteren Wettbewerb

[αίτηση του Oberster Gerichtshof (Αυστρία) για την έκδοση προδικαστικής αποφάσεως]

«Οδηγία 2005/29/EK — Εναρμόνιση — Προστασία των καταναλωτών — Αθέμιτες εμπορικές πρακτικές επιχειρήσεων — Δικονομικοί κανόνες περιλαμβανόμενοι σε νομοθετήματα περί καταστολής αθέμιτων εμπορικών πρακτικών — Νομοθετική ρύθμιση κράτους μέλους η οποία επιβάλλει τη λήψη διοικητικής εγκρίσεως πριν από την αναγγελία εκποίησης»

Περιεχόμενα

I	– Εισαγωγή	3
II	– Το νομικό πλαίσιο	4
1.	Το δίκαιο της Ένωσης	4
2.	Το εθνικό δίκαιο	6
III	– Τα πραγματικά περιστατικά, η κύρια δίκη και το προδικαστικό ερώτημα	8
IV	– Η διαδικασία ενώπιον του Δικαστηρίου	9
V	– Τα κύρια επιχειρήματα των μετεχόντων στη διαδικασία	9
VI	– Νομική εκτίμηση	11
A	– Εισαγωγικές παρατηρήσεις	11
B	– Ανάλυση των νομικών ζητημάτων	12
1.	Η δυνατότητα εφαρμογής της οδηγίας 2005/29	13

¹ — Γλώσσα του πρωτοτύπου: η γερμανική. Γλώσσα διαδικασίας: η γερμανική.

α) Το καθ' ύλην πεδίο εφαρμογής	13
β) Το προσωπικό πεδίο εφαρμογής	13
γ) Κανένας λόγος εξαιρέσεως	14
δ) Ενδιάμεσο συμπέρασμα	14
2. Τα δικονομικά ζητήματα του προδικαστικού ερωτήματος	15
α) Η ελεγκτική αρμοδιότητα των εθνικών διοικητικών αρχών	15
β) Η αρμοδιότητα των διοικητικών αρχών για τη διενέργεια ex-ante ελέγχου	15
γ) Η συμβατότητα προς την οδηγία μιας εκ του νόμου και υπό την απειλή ποινής απαγορεύσεως με επιφύλαξη αδείας	17
δ) Ο δικαστικός έλεγχος της διοικητικής αποφάσεως	19
i) Παρουσίαση του ζητήματος	19
ii) Η ευχέρεια διαμορφώσεως των κρατών μελών όσον αφορά δικονομικά ζητήματα .	19
iii) Απαγόρευση καταστρατηγήσεως της υποχρεώσεως εξατομικευμένης εκτιμήσεως ..	20
ε) Ενδιάμεσο συμπέρασμα	22
3. Τα ζητήματα ουσιαστικού δικαίου του προδικαστικού ερωτήματος	22
α) Γενικά	22
β) Εξέταση της δομής των δύο νομοθετημάτων	23
i) Η ρυθμιστική δομή της οδηγίας 2005/29	23
ii) Οι ουσιαστικοί κανόνες του UWG σχετικά με την αναγγελία εκποιήσεων	24
γ) Ο συμβατός χαρακτήρας των ουσιαστικών κανόνων με την οδηγία 2005/29	24
i) Επιβολή γενικών απαγορεύσεων	24
ii) Η αναγκαία συνδρομή λόγων για την αναγγελία εκποιήσεως	26
– Αναγγελία αναστολής των εμπορικών εργασιών και μετακόμισης του καταστήματος	26
– Λοιποί λόγοι που προβλέπονται στο άρθρο 33b, σημείο 4, του UWG	26
δ) Ενδιάμεσο συμπέρασμα	27
4. Συνοπτικά συμπεράσματα	29
VII – Συμπέρασμα	29

I – Εισαγωγή

1. Το εμπόριο και το συναφές ζήτημα της προστασίας όσων προβαίνουν σε ανταλλαγή παροχών, οι οποίοι σήμερα θα χαρακτηρίζονταν ως επιχειρηματίες και καταναλωτές, είχαν ιδιαίτερη σημασία στην ελληνική και στη ρωμαϊκή μυθολογία. Όταν οι περιστάσεις το επέβαλλαν, οι ίδιοι οι Θεοί επιχειρούσαν να προστατεύσουν τους εμπόρους και τους μετ' αυτών συναλλασσόμενους. Στην ελληνική μυθολογία, λοιπόν, ο Ερμής (Mercurius στη ρωμαϊκή μυθολογία) ήταν προστάτης τόσο των εμπόρων όσο και της αγοράς, των ταξιδιωτών και των βοσκών. Στη σύγχρονη εποχή οι καταναλωτές και οι έμποροι δεν προστατεύονται πλέον πρωτευόντως από τους Θεούς, αλλά από εγκόσμιους νόμους και δικαστήρια. Στο πλαίσιο αυτό πρέπει να λαμβάνονται υπόψη και να σταθμίζονται τόσο τα συμφέροντα των καταναλωτών όσο και εκείνα των εμπόρων.

2. Στην παρούσα διαδικασία εκδόσεως προδικαστικής αποφάσεως κατά το άρθρο 267 ΕΚ, το Oberster Gerichtshof της Αυστρίας (στο εξής: αιτούν δικαστήριο) υποβάλλει στο Δικαστήριο δύο προδικαστικά ερωτήματα σχετικά με την ερμηνεία της οδηγίας 2005/29/ΕΚ για τις αθέμιτες εμπορικές πρακτικές στην εσωτερική αγορά². Συναφώς, τίθεται κατ' ουσία το ζήτημα αν οι διατάξεις της εν λόγω οδηγίας απαγορεύουν εθνική ρύθμιση κατά την οποία είναι αναγκαία η προηγούμενη έγκριση διοικητικής αρχής για την αναγγελία εκποιήσεως.

3. Η αίτηση αυτή υποβάλλεται στο πλαίσιο διαφοράς μεταξύ του Georg Köck, ο οποίος διατηρεί ατομική επιχείρηση, και της Schutzverband gegen unlauteren Wettbewerb [ένωση για την προστασία από τον αθέμιτο ανταγωνισμό] (στο εξής: Schutzverband), η οποία συνιστά οργανισμό που κατά το εθνικό δίκαιο έχει έννομο συμφέρον για την καταπολέμηση αθέμιτων εμπορικών πρακτικών. Οι διάδικοι διαφωνούν σχετικά με το αν ο G. Köck είχε δικαίωμα να αναγγείλει εκποίηση χωρίς να διαθέτει την προβλεπόμενη από το εθνικό δίκαιο έγκριση εκ μέρους της Bezirksverwaltungsbehörde [περιφερειακή διοικητική αρχή]. Συναφώς, τίθεται, μεταξύ άλλων, το ζήτημα αν η οδηγία 2005/29 επιτρέπει σε κράτος μέλος, κατά τη μεταφορά της εν λόγω οδηγίας στην εσωτερική του έννομη τάξη, να θεσπίσει γενική επιφύλαξη αδείας όσον αφορά την αναγγελία εκποιήσεως προβλέποντας κυρώσεις σε περίπτωση παραβιάσεως της εκ του νόμου υποχρεώσεως υποβολής σχετικής αιτήσεως, χωρίς να εξετάζεται κατά περίπτωση ο θεμιτός χαρακτήρας αυτής της εμπορικής πρακτικής.

4. Η προκειμένη υπόθεση διαφέρει ουσιωδώς από τις λοιπές υποθέσεις στις οποίες το Δικαστήριο είχε κληθεί επίσης να λάβει θέση επί του αν η οδηγία 2005/29 είχε μεταφερθεί στην εσωτερική έννομη τάξη κατά τρόπο σύμφωνο προς το δίκαιο της Ένωσης, καθόσον η περίπτωση αυτή δεν αφορά μόνον τη μεταφορά των ουσιαστικού δικαίου διατάξεων της οδηγίας, αλλά κυρίως τη διαμόρφωση των δικονομικών μέσων καταπολέμησης των αθέμιτων εμπορικών πρακτικών στο πλαίσιο της εννόμου τάξεως των κρατών μελών. Συναφώς, πρέπει να εξετασθεί αν ο νομοθέτης της Ένωσης έχει αποστασιοποιηθεί από τη λογική της πλήρους εναρμονίσεως, η οποία ισχύει καταρχήν για τις ουσιαστικού δικαίου διατάξεις των οδηγιών, προκειμένου να εξασφαλίσει στα κράτη μέλη ευχέρεια διαμορφώσεως σε δικονομικό επίπεδο.

2 — Οδηγία 2005/29/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 11ης Μαΐου 2005, για τις αθέμιτες εμπορικές πρακτικές των επιχειρήσεων προς τους καταναλωτές στην εσωτερική αγορά και για την τροποποίηση της οδηγίας 84/450/ΕΟΚ του Συμβουλίου, των οδηγιών 97/7/ΕΚ, 98/27/ΕΚ, 2002/65/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου και του κανονισμού (ΕΚ) 2006/2004 του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου («οδηγία για τις αθέμιτες εμπορικές πρακτικές») (ΕΕ L 149, σ. 22).

II – Το νομικό πλαίσιο

1. Το δίκαιο της Ένωσης

5. Το άρθρο 1 της οδηγίας 2005/29 έχει ως εξής:

«Σκοπός της παρούσας οδηγίας είναι να συμβάλει στην ορθή λειτουργία της εσωτερικής αγοράς και στην επίτευξη υψηλού επιπέδου προστασίας των καταναλωτών με την προσέγγιση των νομοθετικών, κανονιστικών και διοικητικών διατάξεων των κρατών μελών για τις αθέμιτες εμπορικές πρακτικές που βλάπτουν τα οικονομικά συμφέροντα των καταναλωτών.»

6. Το άρθρο 2 της οδηγίας 2005/29 ορίζει:

«Για τους σκοπούς της παρούσας οδηγίας νοούνται ως:

[...]

δ) “εμπορικές πρακτικές των επιχειρήσεων προς τους καταναλωτές” (οι οποίες αναφέρονται στο εξής και ως “εμπορικές πρακτικές”): κάθε πράξη, παράλειψη, τρόπος συμπεριφοράς ή εκπροσώπησης, εμπορική επικοινωνία, συμπεριλαμβανομένης της διαφήμισης και του μάρκετινγκ, ενός εμπορευομένου, άμεσα συνδεδεμένη με την προώθηση, πώληση ή προμήθεια ενός προϊόντος σε καταναλωτές·

[...]».

7. Το άρθρο 3, παράγραφος 1, της οδηγίας προβλέπει τα εξής:

«Η παρούσα οδηγία ισχύει για τις αθέμιτες εμπορικές πρακτικές των επιχειρήσεων προς τους καταναλωτές, όπως αυτές θεσπίζονται στο άρθρο 5, πριν, κατά τη διάρκεια και ύστερα από εμπορική συναλλαγή σχετιζόμενη με ένα συγκεκριμένο προϊόν.»

8. Το άρθρο 5 της οδηγίας, το οποίο έχει τον τίτλο «Απαγόρευση αθέμιτων εμπορικών πρακτικών», ορίζει τα εξής:

«1. Απαγορεύονται οι αθέμιτες εμπορικές πρακτικές.

2. Μια εμπορική πρακτική είναι αθέμιτη όταν:

α) είναι αντίθετη προς τις απαιτήσεις επαγγελματικής ευσυνειδησίας,

και

β) στρεβλώνει ουσιωδώς ή ενδέχεται να στρεβλώσει ουσιωδώς την οικονομική συμπεριφορά του μέσου καταναλωτή στον οποίο φθάνει ή στον οποίο απευθύνεται το προϊόν ή του μέσου μέλους της ομάδας, όταν μια εμπορική πρακτική απευθύνεται σε μια συγκεκριμένη ομάδα καταναλωτών.

[...]

5. Το παράρτημα I περιέχει τον κατάλογο των εμπορικών πρακτικών που θεωρούνται αθέμιτες υπό οποιεσδήποτε περιστάσεις. Ο ίδιος ενιαίος κατάλογος ισχύει σε όλα τα κράτη μέλη και μπορεί να τροποποιηθεί μόνο με αναθεώρηση της παρούσας οδηγίας».

9. Το άρθρο 11 της οδηγίας, το οποίο επιγράφεται «Επιβολή του νόμου», ορίζει ότι:

«1. Τα κράτη μέλη μεριμνούν ώστε να υπάρχουν κατάλληλα και αποτελεσματικά μέσα για την καταπολέμηση αθέμιτων εμπορικών πρακτικών προκειμένου να διασφαλίσουν τη συμμόρφωση με τις διατάξεις της παρούσας οδηγίας προς το συμφέρον των καταναλωτών.

Τα μέσα αυτά περιλαμβάνουν νομοθετικές διατάξεις βάσει των οποίων τα πρόσωπα ή οι οργανώσεις που κατά την εθνική νομοθεσία έχουν έννομο συμφέρον για την καταπολέμηση αθέμιτων εμπορικών πρακτικών, συμπεριλαμβανομένων των ανταγωνιστών, θα μπορούν:

- α) να προσβάλλουν δικαστικά την αθέμιτη αυτή πρακτική,
ή/και
- β) να φέρουν τη διαφήμιση αυτή ενώπιον διοικητικού οργάνου αρμόδιου είτε να αποφασίσει σχετικά με τις προσφυγές είτε να κινήσει τις κατάλληλες νόμιμες διαδικασίες.

[...]

2. Στα πλαίσια των νομοθετικών διατάξεων που αναφέρονται στην παράγραφο 1, τα κράτη μέλη αναθέτουν στα δικαστήρια ή τις διοικητικές αρχές εξουσίες βάσει των οποίων μπορούν, όταν κρίνουν τα μέτρα αυτά αναγκαία και, λαμβάνοντας υπόψη όλα τα εμπλεκόμενα συμφέροντα και ιδιαίτερα το δημόσιο συμφέρον:

- α) να διατάζουν την παύση των αθέμιτων εμπορικών πρακτικών ή να παραπέμπουν το ζήτημα στα αρμόδια δικαστήρια προς έκδοση απόφασης για την παύση των πρακτικών αυτών,
ή
- β) στην περίπτωση που η αθέμιτη εμπορική πρακτική δεν έχει ακόμη εφαρμοστεί αλλά επίκειται η εφαρμογή της, να την απαγορεύουν ή να παραπέμπουν το ζήτημα στα αρμόδια δικαστήρια προς έκδοση απόφασης για την απαγόρευση της πρακτικής,

έστω και αν δεν αποδεικνύεται πραγματική ζημία ή βλάβη, ούτε δόλος ή αμέλεια εκ μέρους του εμπορευομένου.

Τα κράτη μέλη προβλέπουν, επιπλέον, ότι τα μέτρα που αναφέρονται στο πρώτο εδάφιο μπορούν να ληφθούν στα πλαίσια της ταχείας διαδικασίας:

- είτε με προσωρινή ισχύ,
- είτε με οριστική ισχύ,

εξυπακούεται ότι εναπόκειται σε κάθε κράτος μέλος να επιλέξει μεταξύ των δύο αυτών λύσεων.

Επιπλέον, προκειμένου να εξαλειφθούν τα συνεχιζόμενα αποτελέσματα αθέμιτης εμπορικής πρακτικής η παύση της οποίας έχει διαταχθεί με οριστική απόφαση, τα κράτη μέλη μπορούν να αναθέτουν στα δικαστήρια ή τις διοικητικές αρχές εξουσίες, βάσει των οποίων δύνανται:

- α) να απαιτούν τη δημοσίευση της προαναφερόμενης απόφασης [...].
- β) να απαιτούν, επιπλέον, τη δημοσίευση επανορθωτικής δήλωσης.

[...]

Εφόσον οι εξουσίες κατά την παράγραφο 2 ασκούνται αποκλειστικά από διοικητικό όργανο, οι αποφάσεις του πρέπει πάντοτε να είναι αιτιολογημένες. Ακόμη, στην περίπτωση αυτή, θα πρέπει να θεσπιστούν διαδικασίες με τις οποίες θα είναι δυνατό να προσβληθεί δικαστικά κάθε καταχρηστική ή αδικαιολόγητη άσκηση των εξουσιών του διοικητικού οργάνου ή κάθε καταχρηστική ή αδικαιολόγητη παράλειψη άσκησης των εξουσιών αυτών.»

10. Στο παράρτημα I της οδηγίας («Εμπορικές πρακτικές οι οποίες, υπό οποιεσδήποτε συνθήκες, κρίνονται αθέμιτες») καταλέγονται ιδίως οι ακόλουθες παραπλανητικές εμπορικές πρακτικές:

«4. Ισχυρισμός ότι ο εμπορευόμενος (συμπεριλαμβανομένων των εμπορικών πρακτικών του) ή ένα προϊόν έχει την έγκριση, την επικύρωση ή την άδεια δημόσιου ή ιδιωτικού φορέα ενώ δεν την έχει, ή παρόμοιος ισχυρισμός ο οποίος δεν ανταποκρίνεται στους όρους της έγκρισης, της επικύρωσης ή της άδειας.

[...]

7. Ψευδής δήλωση ότι το προϊόν θα είναι διαθέσιμο για πολύ περιορισμένο χρονικό διάστημα, ή ότι θα διατίθεται μόνον υπό ειδικούς όρους επί πολύ περιορισμένο χρονικό διάστημα, έτσι ώστε να προκληθεί η λήψη άμεσης απόφασης και να στερηθεί από τους καταναλωτές η δυνατότητα ή ο χρόνος να προβούν σε τεκμηριωμένη επιλογή.

[...]

15. Ισχυρισμός ότι ο εμπορευόμενος πρόκειται να σταματήσει τη δραστηριότητά του ή να μετακομίσει, ενώ αυτό δεν ισχύει.»

2. Το εθνικό δίκαιο

11. Η οδηγία 2005/29 μεταφέρθηκε στην αυστριακή έννομη τάξη διά της τροποποίησής³ του Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb 1984⁴ [αυστριακός ομοσπονδιακός νόμος περί αθέμιτου ανταγωνισμού του 1984] (στο εξής: UWG) και τέθηκε σε ισχύ στις 12 Δεκεμβρίου 2007.

12. Το σημείο 7 του παραρτήματος I της οδηγίας 2005/29 μεταφέρθηκε κατά λέξη στο σημείο 7 του παραρτήματος του UWG στο πλαίσιο της UWG-Novelle 2007 [τροποποίηση του UWG, του 2007].

Το υποκεφάλαιο 4a του UWG (άρθρα 33a έως 33f), το οποίο είχε προστεθεί στον UWG ήδη από το έτος 1992, περιέχει τις ακόλουθες διατάξεις σχετικά με την «Αναγγελία εκποιήσεων»:

«Άρθρο 33a.

(1) Ως αναγγελία εκποίησης κατά την έννοια του παρόντος ομοσπονδιακού νόμου νοούνται όλες οι δημοσιοποιήσεις ή οι ανακοινώσεις που απευθύνονται σε μεγαλύτερο αριθμό ατόμων και αφορούν τον σκοπό επισπεύσεως της λιανικής διαθέσεως προϊόντων σε μεγάλες ποσότητες ενώ συγχρόνως είναι κατάλληλες να δημιουργήσουν την εντύπωση ότι ο έμπορος αναγκάζεται να επισπεύσει την πώληση λόγω ιδιαίτερων συνθηκών και για τον λόγο αυτό προσφέρει τα προϊόντα του με εξαιρετικά συμφέρουσες προϋποθέσεις και τιμές. Δημοσιοποιήσεις ή ανακοινώσεις οι οποίες περιλαμβάνουν τις λέξεις “εκποίηση” [Ausverkauf], “διάλυση” [Liquidationsverkauf], “εκκαθάριση” [Räumungsverkauf], “ξεπούλημα” [Schnellverkauf], “εξευτελιστικές τιμές” [Verkauf zu Schleuderpreisen], “αδειάζουμε την αποθήκη” [Wir räumen unser Lager] ή λέξεις με παρόμοια σημασία νοούνται οπωσδήποτε ως αναγγελία εκποίησης.

3 — BGBl. I, αριθ. 79/2007.

4 — BGBl. I, αριθ. 448/1984.

(2) Δεν εμπίπτουν, ωστόσο, στις διατάξεις των άρθρων 33a έως 33e δημοσιοποιήσεις ή ανακοινώσεις οι οποίες αφορούν την περίοδο εκπτώσεων, προσφορές λόγω τέλους εποχής ή λόγω απογραφής και ανάλογες προσφορές στον σχετικό εμπορικό κλάδο καθώς και συνήθεις ειδικές προσφορές συγκεκριμένων εποχών (παραδείγματος χάρη “Λευκή Εβδομάδα”, “Εβδομάδα Παλτό”).

(3) Δεν θίγεται, συναφώς, η παράγραφος 7 του παραρτήματος.

Άρθρο 33b.

Η αναγγελία εκποίησης επιτρέπεται μόνο μετά από έγκριση της κατά τον τόπο της εκποίησης αρμόδιας Bezirksverwaltungsbehörde. Το αίτημα για τη λήψη εγκρίσεως υποβάλλεται εγγράφως και πρέπει να περιέχει τα ακόλουθα στοιχεία:

1. την ποσότητα, το είδος και την αξία πώλησεως των προς διάθεση προϊόντων·
2. τον ακριβή τόπο της εκποίησης·
3. τη χρονική περίοδο κατά την οποία θα πραγματοποιηθεί η εκποίηση·
4. τους λόγους για τους οποίους πρέπει να πραγματοποιηθεί η εκποίηση, όπως αποβίωση του ιδιοκτήτη του εμπορικού καταστήματος, αναστολή των εμπορικών εργασιών ή μεταβίβαση συγκεκριμένης κατηγορίας προϊόντων, μετακόμιση του καταστήματος, συνδρομή έκτακτων περιστάσεων κ.λπ.·
5. [...]

Άρθρο 33c.

(1) Η Bezirksverwaltungsbehörde οφείλει πριν από τη λήψη αποφάσεως επί του αιτήματος να ζητήσει από το κατά τον τόπο της εκποίησης αρμόδιο Landeskommission der gewerblichen Wirtschaft [εμπορικό επιμελητήριο] να εκδώσει σχετικό πόρισμα εντός προθεσμίας δύο εβδομάδων.

(2) Η Bezirksverwaltungsbehörde οφείλει να εκδώσει απόφαση επί του αιτήματος εντός ενός μήνα από την υποβολή του αιτήματος.

(3) Η έγκριση δεν χορηγείται, αν δεν συντρέχει λόγος κατά την έννοια του άρθρου 33b, παράγραφος 4, ή αν η πώληση δεν πρέπει να αναγγελθεί για τόσο ευρεία χρονική περίοδο. Επίσης, η έγκριση δεν χορηγείται όταν η πώληση συμπίπτει με την περίοδο δύο εβδομάδων πριν από το Πάσχα και μέχρι την Πεντηκοστή καθώς και από τις 15 Νοεμβρίου μέχρι τα Χριστούγεννα ή διαρκεί περισσότερο από μισό έτος, εξαιρουμένων των περιπτώσεων θανάτου του ιδιοκτήτη της επιχείσεως ή συνδρομής έκτακτων περιστάσεων και άλλων περιπτώσεων οι οποίες χρήζουν αντίστοιχα ιδιαίτερης μεταχειρίσεως. Αν η επιχείρηση δεν έχει συμπληρώσει τρία έτη λειτουργίας, η έγκριση μπορεί να χορηγηθεί μόνο στις περιπτώσεις θανάτου του επιχειρηματία ή συνδρομής έκτακτων περιστάσεων και σε άλλες περιπτώσεις οι οποίες χρήζουν αντίστοιχα ιδιαίτερης μεταχειρίσεως.

(4) [...]

Άρθρο 33d.

(1) Κάθε αναγγελία εκποίησης πρέπει να αναφέρει τους λόγους επίστευσης της πώλησεως, τη χρονική περίοδο κατά την οποία θα πραγματοποιηθεί η εκποίηση και να περιγράφει εν γένει τα προϊόντα που διατίθενται προς πώληση. Τα στοιχεία αυτά πρέπει να συμφωνούν με την απόφαση χορήγησης εγκρίσεως.

(2) Μετά την παρέλευση της περιόδου πώλησεως την οποία ορίζει η απόφαση χορήγησης εγκρίσεως πρέπει να παραλείπεται κάθε αναγγελία εκποίησησεως.

(3) Κατά την περίοδο πώλησεως την οποία ορίζει η απόφαση χορήγησης εγκρίσεως επιτρέπεται η πώληση των προϊόντων που περιγράφονται στην αναγγελία μόνο στην ποσότητα η οποία αναγράφεται στην απόφαση χορήγησης εγκρίσεως. Απαγορεύεται κάθε νέα παραλαβή προϊόντων αυτού του είδους.

(4) [...]»

13. Το άρθρο 34, παράγραφος 3, του UWG περιλαμβάνει την ακόλουθη διάταξη η οποία αφορά μεταξύ άλλων και το υποκεφάλαιο 4a:

«Η μη τήρηση των διατάξεων του παρόντος κεφαλαίου συνεπάγεται ευθύνη αποζημίωσης για τον υπαίτιο, κατά του οποίου μπορεί να εγερθεί και αξίωση παραλείψεως, χωρίς να αποκλείεται η ποινική δίωξη. Η έγερση σχετικής αξιώσεως είναι δυνατή μόνο με την άσκηση τακτικών ενδίκων μέσων. [...]»

III – Τα πραγματικά περιστατικά, η κύρια δίκη και το προδικαστικό ερώτημα

14. Ο G. Köck διατηρεί ατομική επιχείρηση στο Ίνσμπρουκ. Με σχετική αγγελία ανακοίνωσε το «ξεπούλημα» [Totalabverkauf] όλων των προϊόντων του και το διαφήμιζε στο εμπορικό κατάστημά του αναρτώντας πινακίδες και αυτοκόλλητες επιγραφές βιτρίνας. Εκτός από τη λέξη «ξεπούλημα» χρησιμοποίησε και φράσεις όπως «Όλα πρέπει να φύγουν!» [Alles muss raus!] και «μέχρι μείον 90 %» [bis zu minus 90 %]. Ο G. Köck όμως δεν είχε λάβει έγκριση από την Bezirksverwaltungsbehörde για την αναγγελία της εκποίησησεως.

15. Η Schutzverband υποστηρίζει ότι η αναγγελία αντιβαίνει στα άρθρα 33a επ. του UWG. Κατ' αυτήν, η αναγγελία εκποίησησεως εκ μέρους του G. Köck επιτρέπεται μόνο μετά από προηγούμενη έγκριση της Bezirksverwaltungsbehörde. Η εν λόγω ρύθμιση είναι συμβατή με την οδηγία για τις αθέμιτες εμπορικές πρακτικές και ως εκ τούτου μπορεί να εξακολουθήσει να εφαρμόζεται.

16. Κατά συνέπεια, η Schutzverband ζήτησε ενώπιον του Landesgericht Innsbruck [πρωτοδικείο του Ίνσμπρουκ] τη λήψη ασφαλιστικών μέτρων προκειμένου να απαγορευθεί στον G. Köck η αναγγελία εκποίησησεως χωρίς να διαθέτει την απαιτούμενη έγκριση της Bezirksverwaltungsbehörde. Ο G. Köck αρνείται ότι υπήρξε παράβαση των διατάξεων περί εκποίησησεως. Ισχυρίζεται ότι πραγματοποίησε μόνο μερική εκποίηση κατά την έννοια του άρθρου 33a, παράγραφος 2, του UWG, για την οποία δεν απαιτείται έγκριση. Το Landesgericht Innsbruck δέχτηκε την άποψη του G. Köck με την απόφαση της 15ης Ιουνίου 2010.

17. Κατόπιν της εφέσεως την οποία άσκησε η Schutzverband το Oberlandesgericht Innsbruck [εφετείο του Ίνσμπρουκ] εξέδωσε τη διάταξη της 6ης Αυγούστου 2010, διατάσσοντας τη λήψη των αιτούμενων ασφαλιστικών μέτρων. Το δευτεροβάθμιο δικαστήριο έκρινε ότι ο εναγόμενος είχε αναγγείλει εκποίηση κατά την έννοια του άρθρου 33a, παράγραφος 1, του UWG για την οποία έπρεπε να προηγηθεί έγκριση. Δεδομένου, λοιπόν, ότι δεν είχε χορηγηθεί καμία σχετική έγκριση κατά το άρθρο 33b του UWG, έγινε δεκτό το αίτημα περί παραλείψεως, βάσει του άρθρου 34, παράγραφος 3, του UWG.

18. Κατά της ανωτέρω αποφάσεως ο G. Köck άσκησε αναίρεση ενώπιον του Oberster Gerichtshof [Ανώτατο Δικαστήριό της Αυστρίας]. Βάσει προγενέστερης εκτιμήσεως του Oberster Gerichtshof, το εν λόγω ένδικο μέσο δεν θα έπρεπε να ευδοκιμήσει κατ' εφαρμογή των άρθρων 33a επ. του UWG. Ωστόσο, το Oberster Gerichtshof έχει αμφιβολίες σχετικά με το αν οι διατάξεις αυτές συνάδουν με την οδηγία 2005/29. Κατόπιν τούτου, αποφάσισε να αναστείλει την ενώπιόν του αναιρετική διαδικασία και να υποβάλει στο Δικαστήριο το εξής προδικαστικό ερώτημα:

«Αντιβαίνει στο άρθρο 3, παράγραφος 1, και στο άρθρο 5, παράγραφος 5, ή σε άλλες διατάξεις της οδηγίας 2005/29[...] εθνική ρύθμιση κατά την οποία η αναγγελία εκποίσεως δεν επιτρέπεται χωρίς την έγκριση της αρμόδιας διοικητικής αρχής και, για τον λόγο αυτό, πρέπει να απαγορευθεί και με σχετική δικαστική απόφαση, δίχως να απαιτείται από το δικαστήριο να εξετάσει τον παραπλανητικό, επιθετικό ή κατά άλλον τρόπο αθέμιτο χαρακτήρα της;»

IV – Η διαδικασία ενώπιον του Δικαστηρίου

19. Η απόφαση περί παραπομπής της 12ης Απριλίου 2011 περιήλθε στη Γραμματεία του Δικαστηρίου στις 2 Μαΐου 2011.

20. Οι διάδικοι της κύριας δίκης, η Αυστριακή και η Βελγική Κυβέρνηση, καθώς και η Ευρωπαϊκή Επιτροπή, κατέθεσαν γραπτές παρατηρήσεις εντός της προθεσμίας που τάσσει το άρθρο 23 του Οργανισμού του Δικαστηρίου.

21. Κατά την επ' ακροατηρίου συζήτηση της 21ης Μαΐου 2012 παρέστησαν οι πληρεξούσιοι των διαδίκων της κύριας δίκης, οι εκπρόσωποι της Αυστριακής και της Βελγικής Κυβερνήσεως, καθώς και ο εκπρόσωπος της Επιτροπής για να αναπτύξουν προφορικώς τις παρατηρήσεις τους.

V – Τα κύρια επιχειρήματα των μετεχόντων στη διαδικασία

22. Ο G. Köck προτείνει στο Δικαστήριο να δώσει καταφατική απάντηση στο προδικαστικό ερώτημα. Κατά την άποψή του, δεν συνάδει με την οδηγία 2005/29 νομοθετική ρύθμιση όπως η επίμαχη εν προκειμένω η οποία επιτρέπει στις διοικητικές αρχές να αρνηθούν τη χορήγηση εγκρίσεως για την αναγγελία εκποίσεως, ακόμη και αν η επίμαχη εμπορική πρακτική δεν είναι ούτε παραπλανητική ούτε επιθετική ή κατά οποιονδήποτε άλλον τρόπο αθέμιτη.

23. Θεωρεί ότι η οδηγία 2005/29 μπορεί να εφαρμοσθεί στην περίπτωση της κύριας δίκης, καθόσον, αφενός, η αναγγελία εκποίσεως εμπίπτει στον ορισμό της εμπορικής πρακτικής και, αφετέρου, οι επίμαχες εθνικές διατάξεις σκοπούν στην προστασία όχι μόνον των ανταγωνιστών, αλλά και των καταναλωτών. Επικουρικώς, ισχυρίζεται ότι οι αναγγελίες του δεν αφορούσαν εκποίηση κατά την έννοια του άρθρου 33a, παράγραφος 1, του UWG για την οποία πρέπει να προηγηθεί έγκριση, αλλά μερική εκποίηση η οποία δεν χρήζει προηγούμενης εγκρίσεως δυνάμει του άρθρου 33a, παράγραφος 2, του UWG.

24. Περαιτέρω, ο G. Köck διατείνεται ότι το σημείο 7, του παραρτήματος I της οδηγίας 2005/29 δεν μπορεί να εφαρμοσθεί στην περίπτωση της κύριας δίκης, διότι ο ίδιος δεν ανήγγειλε ρητώς συγκεκριμένη διάρκεια της εκποίσεως, η οποία στην πραγματικότητα ήταν μερική εκποίηση. Επιπλέον, ισχυρίζεται ότι το εθνικό δίκαιο δεν εξασφαλίζει την έννομη προστασία των ιδιωτών, διότι οι θιγόμενες επιχειρήσεις δεν μπορούν να επιβάλουν στο πλαίσιο της διοικητικής διαδικασίας τη μη εφαρμογή του άρθρου 33c, παράγραφος 3, του UWG, το οποίο δεν συνάδει με το δίκαιο της Ένωσης.

25. Τόσο η *Schutzverband* όσο και η *Αυστριακή Κυβέρνηση* υποστηρίζουν ότι οι επίμαχες εθνικές διατάξεις οι οποίες αφορούν τη διοικητική έγκριση εκπονήσεων δεν εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής της οδηγίας 2005/29. Την άποψη αυτή θεωρούν ότι επιβεβαιώνει η ένατη αιτιολογική σκέψη, καθώς και το άρθρο 3, παράγραφος 8, της οδηγίας που προβλέπουν ότι η εν λόγω οδηγία δεν θίγει «τους όρους εγκατάστασης και των καθεστώτων αδειών». Κατά την Αυστριακή Κυβέρνηση, η αδυναμία εφαρμογής της οδηγίας 2005/29 προκύπτει και από το ότι η οδηγία αυτή δεν ρυθμίζει τις έννομες σχέσεις μεταξύ επιχειρήσεων και διοικητικών αρχών.

26. Αμφότεροι οι εν λόγω μετέχοντες στη διαδικασία αναπτύσσουν, επικουρικός, τις παρατηρήσεις τους για την περίπτωση που το Δικαστήριο δεχθεί τη δυνατότητα εφαρμογής της οδηγίας 2005/29. Επισημαίνουν λοιπόν, μεταξύ άλλων, ότι η πλειονότητα των εκπονήσεων στην Αυστρία, όπως για παράδειγμα οι προσφορές λόγω τέλους εποχής ή λόγω απογραφής κ.λπ., ούτε απαγορεύονται ούτε απαιτούν προηγούμενη έγκριση. Μόνον η αναγγελία συγκεκριμένων ειδικών εκπονήσεων χρήζει εγκρίσεως. Επομένως, η επίμαχη εθνική ρύθμιση δεν συνιστά καταρχήν γενική απαγόρευση συγκεκριμένων εμπορικών πρακτικών. Εξάλλου, το άρθρο 11 της οδηγίας εξουσιοδοτεί τα κράτη μέλη να λάβουν κατάλληλα και αποτελεσματικά μέτρα για την καταπολέμηση αθέμιτων εμπορικών πρακτικών. Σε αυτά εμπίπτει, κατά την Αυστριακή Κυβέρνηση, και ο ex-ante έλεγχος αθέμιτων εμπορικών πρακτικών ο οποίος εμφανίζει πλεονεκτήματα σε σχέση με τον απλό ex-post έλεγχο. Ο τελευταίος δεν επαρκεί, τουλάχιστον στην περίπτωση της αναγγελίας εκπονήσεων, προκειμένου να επιτευχθεί ο σκοπός που τίθεται στο άρθρο 13 της οδηγίας, ο οποίος συνίσταται στον καθορισμό αποτελεσματικών, αναλογικών και αποτρεπτικών κυρώσεων για παραβάσεις της εθνικής νομοθεσίας περί μεταφοράς της οδηγίας στην εσωτερική έννομη τάξη.

27. Και οι δύο μετέχοντες στη διαδικασία αναπτύσσουν τη θέση τους σχετικά με τη διαμόρφωση της διοικητικής και της δικαστικής διαδικασίας στο αυστριακό δίκαιο και, στο πλαίσιο αυτό, η *Schutzverband* επισημαίνει ότι οι αυστριακές διοικητικές αρχές υποχρεούνται, κατά τη διαδικασία ελέγχου αιτήσεως για χορήγηση εγκρίσεως, να ερμηνεύουν τις εθνικές διατάξεις σύμφωνα με τον σκοπό της οδηγίας 2005/29, ώστε να επιτευχθεί αυτός ο σκοπός. Επίσης, τονίζει ότι κατά την εκδίκαση αγωγής παραλείψεως το δικαστήριο ελέγχει κατά κανόνα εάν υφίσταται αναγγελία κατά την έννοια του άρθρου 33a του UWG. Σε περίπτωση που διαπιστωθεί αναγγελία πώλησεως για την οποία απαιτείται έγκριση, αλλά αυτή η έγκριση δεν έχει χορηγηθεί από τη διοικητική αρχή, τούτο θα μπορούσε να θεωρηθεί ως αντίθετο προς τις απαιτήσεις επαγγελματικής ευσυνειδησίας κατά την έννοια του άρθρου 5, παράγραφος 2, στοιχείο α', της οδηγίας 2005/29. Η Αυστριακή Κυβέρνηση επισημαίνει ότι οι αυστριακές διοικητικές αρχές οφείλουν να εγκρίνουν την αναγγελία εκπονήσεως, εφόσον αυτή η αναγγελία δεν είναι παραπλανητική και δεν αντιβαίνει στις διατάξεις των άρθρων 8 και 9 της οδηγίας 2005/29.

28. Η *Schutzverband* προτείνει στο Δικαστήριο να δώσει αρνητική απάντηση στο προδικαστικό ερώτημα. Η Αυστριακή Κυβέρνηση προτείνει να δοθεί ως απάντηση στο προδικαστικό ερώτημα ότι η οδηγία 2005/29 δεν απαγορεύει εθνική ρύθμιση κατά την οποία απαιτείται διοικητική έγκριση για την αναγγελία συγκεκριμένων ειδικών εκπονήσεων.

29. Η *Βελγική Κυβέρνηση* προτείνει στο Δικαστήριο να απαντήσει στο προδικαστικό ερώτημα ότι η οδηγία 2005/29 δεν απαγορεύει εθνική ρύθμιση η οποία εξαρτά την αναγγελία εκπονήσεως από προηγούμενη έγκριση, εφόσον η έγκριση αυτή έχει ως σκοπό να προστατεύσει αποκλειστικώς τα συμφέροντα των ανταγωνιστών. Αυτό το τελευταίο ζήτημα, όμως, θα πρέπει να το κρίνουν τα εθνικά δικαστήρια. Η Βελγική Κυβέρνηση επισημαίνει, άλλωστε, ότι η ανωτέρω εμπορική πρακτική δεν περιλαμβάνεται στον κατάλογο του παραρτήματος I της οδηγίας.

30. Η *Επιτροπή* προτείνει στο Δικαστήριο να δοθεί καταφατική απάντηση στο προδικαστικό ερώτημα. Σχετικά με τη δυνατότητα εφαρμογής της οδηγίας 2005/29 στην περίπτωση της κύριας δίκης, η Επιτροπή επισημαίνει ότι η αναγγελία εκπονήσεων πρέπει να θεωρηθεί ως εμπορική πρακτική. Επιπλέον, οι επίδικες διατάξεις δεν αφορούν μόνον την προστασία των ανταγωνιστών, αλλά και την προστασία των καταναλωτών. Εντούτοις, η γενική απαγόρευση με επιφύλαξη αδείας, την οποία

προβλέπει η επίμαχη εθνική ρύθμιση, δεν συνάδει με το άρθρο 5, παράγραφοι 2, 4 και 5, της οδηγίας 2005/29, καθώς και με τα σημεία 7 και 15 του παραρτήματος Ι. Περαιτέρω, αυτός ο μηχανισμός δεν συνάδει ούτε με τη λογική της πλήρους εναρμονίσεως που διέπει την οδηγία. Επίσης, το άρθρο 11 της οδηγίας, το οποίο επιβάλλει στα κράτη μέλη να μεριμνούν ώστε να υπάρχουν κατάλληλα και αποτελεσματικά μέσα για την καταπολέμηση αθέμιτων εμπορικών πρακτικών, δεν προβλέπει τέτοιον ex-ante έλεγχο όλων των σχετικών εμπορικών πρακτικών από τις εθνικές διοικητικές αρχές. Οι επίμαχες εθνικές διατάξεις δεν θα μπορούσαν να στηριχθούν ούτε στο άρθρο 3, παράγραφος 8, της οδηγίας, καθόσον αυτή η διάταξη της οδηγίας αφορά μόνο νομοθετικώς κατοχυρωμένα επαγγέλματα τα οποία όμως εν προκειμένω δεν έχουν σχέση με την υπόθεση της κύριας δίκης. Κατά την Επιτροπή, ούτε και από το σημείο 4 του παραρτήματος Ι της οδηγίας μπορούν να αντληθούν επιχειρήματα υπέρ του ότι επιτρέπεται η επιβολή γενικής απαγορεύσεως με επιφύλαξη αδείας.

VI – Νομική εκτίμηση

A – Εισαγωγικές παρατηρήσεις

31. Ο νομοθέτης της Ένωσης έχει ορίσει τη 12η Ιουνίου 2007 ως προθεσμία εντός της οποίας τα κράτη μέλη πρέπει να μεταφέρουν την οδηγία 2005/29 στην εσωτερική έννομη τάξη, ενώ η οριστική εφαρμογή της οδηγίας έπρεπε να επιτευχθεί έως τις 12 Δεκεμβρίου 2007. Εφόσον στο μεταξύ όλα τα κράτη μέλη τήρησαν την υποχρέωσή τους περί εμπρόθεσμης μεταφοράς και εφαρμογής της οδηγίας⁵, πρέπει πλέον να εξετασθεί το ζήτημα της δέουσας μεταφοράς στην κάθε έννομη τάξη των κρατών μελών. Πράγματι, μόνον η ορθή μεταφορά της οδηγίας 2005/29 μπορεί να εξασφαλίσει την επίτευξη του σκοπού της ο οποίος συνίσταται στο να συμβάλει στην ορθή λειτουργία της εσωτερικής αγοράς και στην επίτευξη υψηλού επιπέδου προστασίας των καταναλωτών με την προσέγγιση των νομοθετικών, κανονιστικών και διοικητικών διατάξεων των κρατών μελών για τις αθέμιτες εμπορικές πρακτικές που βλάπτουν τα οικονομικά συμφέροντα των καταναλωτών⁶.

32. Το Δικαστήριο είχε τη δυνατότητα να λάβει θέση, εμμέσως, επί της δέουσας μεταφοράς της οδηγίας στην εθνική έννομη τάξη του Βελγίου⁷, της Γερμανίας⁸, της Πολωνίας⁹, της Αυστρίας¹⁰ και της Σουηδίας¹¹, σε πολυάριθμες προδικαστικές αποφάσεις¹². Πράγματι, μολοντί, στο πλαίσιο της διαδικασίας για την έκδοση προδικαστικής αποφάσεως κατά το άρθρο 267 ΣΛΕΕ, το Δικαστήριο είναι αρμόδιο να ερμηνεύει το δίκαιο της Ένωσης και όχι να κρίνει αν εθνική ρύθμιση συνάδει με το δίκαιο

5 — Βλ., σχετικά με τη μεταφορά της οδηγίας στην έννομη τάξη κάθε κράτους μέλους, Henning-Bodewig, F., «Die Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs in den EU-Mitgliedstaaten: eine Bestandsaufnahme», *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht – Internationaler Teil*, 2010, σ. 273 επ.

6 — Η σύγκλιση των νομοθεσιών περί αθέμιτου ανταγωνισμού με την έκδοση σχετικών οδηγιών συμβάλλει στην επίτευξη του σκοπού για τη δημιουργία της εσωτερικής αγοράς εξασφαλίζοντας υψηλό επίπεδο προστασίας των καταναλωτών. Πλεονέκτημα αυτής της μεθόδου συνιστά η άρση των συγκρούσεων μεταξύ των σχετικών θεμελιωδών ελευθεριών και των εθνικών μέτρων προστασίας των καταναλωτών, καθόσον ο νομοθέτης της Ένωσης έχει συμβιβάσει ήδη τα συμφέροντα και των δύο μερών (βλ., αποκλειστικώς σχετικά με τις μορφές πώλησεως στον τομέα του δικαίου που διέπει την κυκλοφορία των εμπορευμάτων, Picod, F., «La jurisprudence Keck et Mithouard, a-t-elle un avenir», *L'entrave dans le droit du marché intérieur*, Βρυξέλλες, 2011, σ. 47).

7 — Απόφαση της 23ης Απριλίου 2009, C-261/07 και C-299/07, VTB-VAB και Galatea (Συλλογή 2009, σ. I-2949).

8 — Απόφαση της 14ης Ιανουαρίου 2010, C-304/08, Plus Warenhandels-gesellschaft (Συλλογή 2010, σ. I-217).

9 — Απόφαση της 11ης Μαρτίου 2010, C-522/08, Telekomunikacja Polska (Συλλογή 2010, σ. I-2079).

10 — Απόφαση της 9ης Νοεμβρίου 2010, C-540/08, Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag (Συλλογή 2010, σ. I-10909, στο εξής: απόφαση Mediaprint). Βλ., σε σχέση με την υποχρέωση των κρατών μελών για τη δέουσα μεταφορά της οδηγίας στην εθνική έννομη τάξη, Griller, S., «Direktwirkung und richtlinienkonforme Auslegung», *10 Jahre Anwendung des Gemeinschaftsrechts in Österreich*, Βιέννη/Graz, 2006, σ. 91, ο οποίος έχει μελετήσει αναλυτικώς την επίδραση της οδηγίας εντός της αυστριακής έννομης τάξεως.

11 — Απόφαση της 12ης Μαΐου 2011, C-122/10, Ving Sverige (Συλλογή 2011, σ. I-3903).

12 — Βλ., για σύνοψη της σχετικής νομολογίας, Namysłowska, M., «Trifft die Schwarze Liste der unlauteren Geschäftspraktiken ins Schwarze? Bewertung im Lichte der EuGH-Rechtsprechung», *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht – Internationaler Teil*, 2010, σ. 1033.

της Ένωσης¹³, αυτή η ερμηνευτική δραστηριότητα έχει συμβάλει στην καλύτερη κατανόηση της σημασίας και της εμβέλειας μεμονωμένων διατάξεων της οδηγίας. Τούτο δε, κατέστησε δυνατό στα κράτη μέλη να προσαρμόσουν εκ των υστέρων την εθνική νομοθεσία που μεταφέρει την οδηγία στο εσωτερικό δίκαιο, ώστε να πληρούνται οι απαιτήσεις του δικαίου της Ένωσης¹⁴.

33. Οι αιτήσεις των εθνικών δικαστηρίων για την έκδοση προδικαστικών αποφάσεων αφορούσαν, μέχρι τούδε, μόνον τις διατάξεις της οδηγίας βάσει των οποίων μπορεί να κριθεί ο αθέμιτος χαρακτήρας των εμπορικών πρακτικών. Στο πλαίσιο αυτό, μπορούσε να διαπιστωθεί ότι οι εκάστοτε εθνικές διατάξεις δεν ήταν σύμφωνες κατ' ουσία με την οδηγία, καθόσον αντέβαιναν στη λογική της πλήρους εναρμονίσεως την οποία επιδιώκει η οδηγία στον τομέα του δικαίου περί αθέμιτου ανταγωνισμού¹⁵. Τα κράτη μέλη επεδίωκαν να διευρύνουν, κατά τρόπο απαράδεκτο, τον αποκλειστικό κατάλογο απαγορευόμενων εμπορικών πρακτικών που περιλαμβάνεται στο παράρτημα I της οδηγίας, διά της εκδόσεως γενικών απαγορεύσεων για συγκεκριμένες εμπορικές πρακτικές¹⁶. Αυτό ήταν και το αντικείμενο της υποθέσεως C-540/08 (Mediaprint), η οποία αφορούσε γενική απαγόρευση των πωλήσεων με προσφορά δώρων βάσει του αυστριακού UWG. Συναφώς, το Δικαστήριο διαπίστωσε επίσης ότι η οδηγία απαγορεύει εθνική ρύθμιση που έχει μορφή τέτοιας γενικής απαγορεύσεως¹⁷.

B – Ανάλυση των νομικών ζητημάτων

34. Μεταξύ εκείνης της υποθέσεως και της προκειμένης υφίστανται ορισμένες ομοιότητες, καθόσον με την υπό εξέταση αίτηση εκδόσεως προδικαστικής αποφάσεως ζητείται από το Δικαστήριο να διαπιστώσει αν η επίμαχη εθνική ρύθμιση περί αναγγελίας εκποιήσεως έχει επίσης τη μορφή γενικής απαγορεύσεως η οποία αντιβαίνει στην οδηγία 2005/29. Στο σημείο αυτό όμως πρέπει να ληφθεί υπόψη ότι εν προκειμένω τίθεται, επιπλέον, και ένα ζήτημα δικονομικού δικαίου: το αιτούν δικαστήριο, δηλαδή, ζητεί να διευκρινισθεί αν η απαγόρευση με την επιφύλαξη αδείας, όπως την προβλέπει το αυστριακό δίκαιο, πληροί τις απαιτήσεις της οδηγίας. Συναφές είναι το ζήτημα της διαμορφώσεως των δικονομικών μέσων για την καταπολέμηση των αθέμιτων εμπορικών πρακτικών, ως προς το οποίο πρέπει να εξετασθεί αν η οδηγία επιτρέπει τον ex-ante έλεγχο εμπορικών πρακτικών εκ μέρους των διοικητικών αρχών. Δεδομένου ότι το ζήτημα αυτό δεν έχει καταστεί μέχρι τούδε αντικείμενο της νομολογίας του Δικαστηρίου, θα πρέπει να αναλυθεί ιδιαίτερος.

13 — Βλ., μεταξύ άλλων, αποφάσεις της 15ης Ιουλίου 1964, 6/64, Costa (Συλλογή τόμος 1954-1964, σ. 1251, 1268), της 29ης Νοεμβρίου 2001, C-17/00, De Coster (Συλλογή 2001, σ. I-9445, σκέψη 23), και της 16ης Ιανουαρίου 2003, C-265/01, Pansard κ.λπ. (Συλλογή 2003, σ. I-683, σκέψη 18).

14 — Ο Bernitz, U., «The unfair commercial practices directive: its scope, ambitions and relation to the law of unfair competition», *The regulation of unfair commercial practices under EC Directive 2005/29 – New rules and techniques* (επιμέλεια: Stephen Weatherill/Ulf Bernitz), θεωρεί ότι απαιτείται σημαντικός αριθμός αιτήσεων για την έκδοση προδικαστικών αποφάσεων, ώστε να εξασφαλισθεί ότι η οδηγία 2005/29 έχει μεταφερθεί ορθώς στο δίκαιο των κρατών μελών. Κατά τον συγγραφέα, η διαδικασία αυτή μπορεί να περιλαμβάνει και την εκ μέρους της Επιτροπής άσκηση προσφυγών λόγω παραβάσεως κατά κρατών μελών τα οποία επιδιώκουν να διατηρήσουν συγκεκριμένες εθνικές διατάξεις που αντιβαίνουν στην οδηγία.

15 — Κατά τον Zimmermann, R., «The present state of European private law», *American Journal of comparative law*, 2009, σ. 479, η μετάβαση από την ελάχιστη στην πλήρη εναρμόνιση σε ορισμένους τομείς του δικαίου της Ένωσης θα είναι δυσχερής για τα κράτη μέλη. Ο Basedow, J., «Der Europäische Gerichtshof und das Privatrecht», *Archiv für die civilistische Praxis*, 2010, σ. 190, εκτιμά ότι αυτή η μετάβαση θα έχει ως αποτέλεσμα την υποβολή πολυάριθμων αιτήσεων στο Δικαστήριο για την έκδοση προδικαστικών αποφάσεων. Είναι προφανές ότι αυτή η πρόβλεψη επαληθεύεται σταδιακά σε σχέση με την οδηγία 2005/29.

16 — Όπως ορθώς εξηγεί ο Micklitz, H.-W., «Full Harmonisation of Unfair Commercial Practices under Directive 2005/29», *International review of intellectual property and competition law*, τόμος 40 (2009), αριθ. 4, σ. 371, κατά την έκδοση της οδηγίας 2005/29, δεν κατέστη απολύτως σαφές για τα κράτη μέλη πόσο σημαντική επιρροή θα ασκούσε η λογική της πλήρους εναρμονίσεως στο εθνικό τους δίκαιο.

17 — Απόφαση Mediaprint, προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 10 (σκέψη 38).

35. Προκειμένου να δοθεί χρήσιμη απάντηση στο αιτούν δικαστήριο, αλλά και για λόγους σαφήνειας, θα διαιρέσω την εξέταση του προδικαστικού ερωτήματος σε τρία διαφορετικά θεματικά σκέλη: καταρχάς, θα εξακριβώσω αν η οδηγία 2005/29 μπορεί να εφαρμοσθεί στην περίπτωση της κύριας δίκης και αν μπορεί να χρησιμοποιηθεί, κατ' επέκταση, ως κριτήριο εκτιμήσεως όσον αφορά τη δέουσα μεταφορά του δικαίου της Ένωσης στην εθνική έννομη τάξη. Εν συνεχεία, θα ερευνήσω το ανωτέρω ζήτημα δικονομικού δικαίου. Τέλος, θα εξετάσω αν οι εθνικές διατάξεις περί εγκρίσεως της αναγγελίας εκποιήσεων συνάδουν με τις ουσιαστικού δικαίου διατάξεις της οδηγίας.

1. Η δυνατότητα εφαρμογής της οδηγίας 2005/29

α) Το καθ' ύλην πεδίο εφαρμογής

36. Η επίμαχη εθνική ρύθμιση θα μπορούσε να εμπίπτει στο καθ' ύλην πεδίο εφαρμογής της οδηγίας 2005/29, εάν είχε ως αντικείμενο εμπορική πρακτική στο πλαίσιο των συναλλαγών μεταξύ επιχειρήσεως και καταναλωτή. Συναφώς, πρέπει να επισημανθεί ότι το άρθρο 2, στοιχείο δ', της οδηγίας ορίζει, κατά τρόπο ιδιαιτέρως ευρύ, ως εμπορική πρακτική «κάθε πράξη, παράλειψη, τρόπο συμπεριφοράς ή εκπροσώπησης, εμπορική επικοινωνία, συμπεριλαμβανομένης της διαφήμισης και του μάρκετινγκ, ενός εμπορευομένου, άμεσα συνδεδεμένη με την προώθηση, πώληση ή προμήθεια ενός προϊόντος σε καταναλωτές»¹⁸. Διαφημιστικά μέσα, όπως τα επίμαχα στην κύρια δίκη, τα οποία αφορούν την πώληση προϊόντων στους καταναλωτές σε μειωμένες τιμές λόγω συνδρομής ειδικών περιστάσεων, εμπίπτουν σαφώς στο πλαίσιο της εμπορικής πολιτικής ενός εμπορευομένου και συνδέονται άμεσα με την προώθηση και την πώληση προϊόντων. Επομένως, συνιστούν εμπορικές πρακτικές κατά την έννοια του ανωτέρω ορισμού και ως εκ τούτου, εθνικές διατάξεις όπως οι επίμαχες, εν προκειμένω, οι οποίες ρυθμίζουν τον τρόπο ασκήσεως αυτών των πρακτικών, εμπίπτουν στο καθ' ύλην πεδίο εφαρμογής της οδηγίας.

β) Το προσωπικό πεδίο εφαρμογής

37. Το αν η επίμαχη εθνική νομοθετική ρύθμιση εμπίπτει στο προσωπικό πεδίο εφαρμογής της οδηγίας 2005/29, εξαρτάται από το αν επιδιώκει, όπως και η οδηγία, την προστασία των καταναλωτών. Στην απόφαση *Mediaprint*¹⁹ το Δικαστήριο έκρινε ότι εθνική ρύθμιση περί αθέμιτων εμπορικών πράξεων εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής της οδηγίας ακόμη και αν δεν επιδιώκει μόνον την προστασία των καταναλωτών, αλλά έχει και άλλους σκοπούς. Συγκεκριμένα, όπως προκύπτει από την έκτη αιτιολογική σκέψη της οδηγίας, από το πεδίο εφαρμογής της οδηγίας εξαιρούνται αποκλειστικώς οι εθνικοί νόμοι οι οποίοι θίγουν *μόνον* τα οικονομικά συμφέροντα των ανταγωνιστών ή τις πρακτικές που αφορούν εμπορικές συναλλαγές. Συνεπώς, ακόμη και αν η ρύθμιση σχετικά με την αναγγελία εκποιήσεων στα άρθρα 33α επ. του UWG δεν επεδίωκε την προστασία μόνον των καταναλωτών, αλλά και των ανταγωνιστών ή κυρίως των ανταγωνιστών, τούτο δεν θα απέκλειε τη δυνατότητα εφαρμογής της οδηγίας.

38. Όπως έχει επισημάνει επανειλημμένως το Δικαστήριο στη νομολογία του²⁰, απόκειται στο αιτούν δικαστήριο, το οποίο είναι αρμόδιο για την ερμηνεία του εθνικού δικαίου, να διευκρινίσει αν η υπό εξέταση εθνική διάταξη εξυπηρετεί όντως την προστασία των καταναλωτών, ώστε να εξακριβώσει αν η διάταξη αυτή εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής της οδηγίας. Συναφώς, διαπιστώνεται ότι στην απόφαση περί παραπομπής²¹ το αιτούν δικαστήριο, λαμβάνοντας υπόψη τον ορισμό που περιέχεται

18 — Βλ. αποφάσεις *VTB-VAB* και *Galatea* (προπαρατεθείσες στην υποσημείωση 7, σκέψη 50), *Plus Warenhandels-gesellschaft* (προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 8, σκέψη 36), και *Mediaprint* (προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 10, σκέψη 17), καθώς και διάταξη της 30ής Ιουνίου 2011, C-288/10, *Wamo* (Συλλογή 2011, σ. I-5835, σκέψη 30).

19 — Απόφαση *Mediaprint* (προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 10, σκέψεις 21 έως 24).

20 — Βλ. διάταξη *Wamo* (προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 18, σκέψη 28).

21 — Βλ. σελίδα 7 της αποφάσεως περί παραπομπής.

στο άρθρο 33a, παράγραφος 1, του UWG, θεωρεί ως δεδομένο ότι η αναγγελία εκποίησης συνιστά «αναμφίβολα εμπορική πρακτική κατά την έννοια της οδηγίας 2005/29» και ως εκ τούτου, δέχεται προφανώς ότι η επίμαχη ρύθμιση εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής της οδηγίας. Τούτο συνεπάγεται όμως ότι η επίμαχη ρύθμιση εξυπηρετεί οπωσδήποτε και την προστασία των καταναλωτών.

39. Υπέρ αυτού του συμπεράσματος συνηγορούν ορισμένα στοιχεία. Όπως προκύπτει από τις παρατηρήσεις της Αυστριακής Κυβερνήσεως²² και της Schutzverband²³, καθώς και από τη νομολογία των αυστριακών δικαστηρίων²⁴ και τη νομική βιβλιογραφία²⁵, ο σκοπός της ρυθμίσεως περί εκποιήσεων στο άρθρο 33a, παράγραφος 1, του UWG συνίσταται στο να αντιμετωπίσει την κατάχρηση (εικονικών) εκποιήσεων που εκμεταλλεύονται την ισχυρή έλξη την οποία ασκούν οι δημόσιες αναγγελίες, ότι επιχειρηματίας αναγκάζεται λόγω ιδιαίτερων συνθηκών να προβεί σε εκποίηση με εξαιρετικά συμφέρουσες προϋποθέσεις και τιμές. Η ρύθμιση αυτή αφορά μόνον τις αναγγελθείσες εκποιήσεις, καθόσον κατ' αυτόν τον τρόπο δημιουργείται η εντύπωση της ιδιαίτερας συμφέρουσας αγοράς. Αναγγελίες αυτού του είδους δύναται να επηρεάσουν εύκολα την ψυχολογία του καταναλωτικού κοινού και να χρησιμοποιηθούν καταχρηστικώς εις βάρος των ανταγωνιστών. Για να αποκλεισθεί αυτό το ενδεχόμενο, το άρθρο 33a, παράγραφος 1, του UWG επιτρέπει τέτοια αναγγελία μόνον κατόπιν λήψεως σχετικής διοικητικής αδείας. Κατ' αυτόν τον τρόπο, μπορεί να εξασφαλισθεί η προστασία, αφενός, των εμπορευομένων και των ανταγωνιστών από αθέμιτες εμπορικές πρακτικές και, αφετέρου, των πελατών από ψυχολογικές επιρροές.

40. Συνεπώς, για τους σκοπούς της προκειμένης διαδικασίας πρέπει να γίνει δεκτό, σε κάθε περίπτωση, ότι η εν λόγω ρύθμιση εμπίπτει και στο προσωπικό πεδίο εφαρμογής της οδηγίας 2005/29, αλλά τούτο πρέπει επιβεβαιωθεί και από το αιτούν δικαστήριο.

γ) Κανένας λόγος εξαιρέσεως

41. Η δυνατότητα εφαρμογής της οδηγίας 2005/29 θα μπορούσε να γίνει δεκτή εφόσον διαπιστωθεί ότι δεν υφίσταται κανένας λόγος εξαιρέσεως στην περίπτωση της κύριας δίκης. Στις παρατηρήσεις της, η Schutzverband αμφισβητεί τη δυνατότητα εφαρμογής της οδηγίας επικαλούμενη το άρθρο 3, παράγραφος 8. Η διάταξη αυτή, η οποία εξαιρεί συγκεκριμένα αντικείμενα από το καθ' ύλην πεδίο εφαρμογής, ορίζει ότι «η οδηγία ισχύει υπό την επιφύλαξη [...] των καθεστώτων αδειών, [...] ή άλλων ειδικών κανόνων που διέπουν νομοθετικώς κατοχυρωμένα επαγγέλματα». Ως εκ τούτου, η Schutzverband συνάγει το συμπέρασμα ότι το πεδίο εφαρμογής της οδηγίας δεν καλύπτει τις ρυθμίσεις περί χορηγήσεως αδειών, όπως η επιφύλαξη διενέργειας διοικητικού ελέγχου, συμπεριλαμβανομένων των διατάξεων των άρθρων 33b επ. του UWG που ρυθμίζουν τη διαδικασία εγκρίσεως την οποία διεξάγει η διοικητική αρχή και καθορίζουν το αναγκαίο περιεχόμενο της σχετικής αποφάσεως. Στο επιχείρημα αυτό όμως μπορεί να αντιταχθεί ότι η περίπτωση της κύριας δίκης δεν αφορά συγκεκριμένη εθνική ρύθμιση η οποία διέπει «νομοθετικώς κατοχυρωμένο επάγγελμα» κατά την έννοια της ως άνω διατάξεως της οδηγίας. Επομένως, δεν συντρέχει αυτός ο λόγος εξαιρέσεως.

δ) Ενδιάμεσο συμπέρασμα

42. Κατόπιν όλων των ανωτέρω σκέψεων, επιβάλλεται η διαπίστωση ότι από την υπόθεση της κύριας δίκης δεν προκύπτει καμία ένδειξη ότι η οδηγία 2005/29 δεν θα μπορούσε να εφαρμοσθεί στην προκειμένη περίπτωση. Εντούτοις, η εξέταση αυτή εναπόκειται στο αιτούν δικαστήριο.

22 — Βλ. σημεία 7 και 8 του υπομνήματος της Αυστριακής Κυβερνήσεως.

23 — Βλ. σημείο 6 του υπομνήματος της Schutzverband.

24 — Βλ. αποφάσεις του Verwaltungsgerichtshof της 25ης Φεβρουαρίου 1993 (αριθ. αναφοράς: 93/04/0011) και της 14ης Απριλίου 1999 (αριθ. αναφοράς: 98/04/0159, αριθ. συλλογής: 15123 A/1999)· απόφαση του Oberster Gerichtshof της 25ης Μαρτίου 2003 (αριθ. αναφοράς: 4Ob48/03t).

25 — Βλ. Duursma, D., σε: *UWG – Kommentar* (επιμέλεια: Maximilian Gumpoldsberger/Peter Baumann), Βιέννη, 2006, §33a, σημείο 1, σ. 1185· Wiltshchek, L., *UWG – Kommentar*, 2η έκδοση, Βιέννη, 2007, §33a-f, σημείο 1, σ. 1034· Feik, R., *Öffentliches Wirtschaftsrecht* (επιμέλεια: Michael Holoubek/Michael Potacs), Βιέννη, 2002, σ. 177.

2. Τα δικονομικά ζητήματα του προδικαστικού ερωτήματος

43. Εφόσον έγινε δεκτή, καταρχήν, η δυνατότητα εφαρμογής της οδηγίας 2005/29, πρέπει να εξετασθεί ακολούθως αν ο αυστριακός νομοθέτης έλαβε υπόψη τις επιταγές του δικαίου της Ένωσης που περιέχονται στην εν λόγω οδηγία κατά τη θέσπιση των δικονομικών μέσων για την εφαρμογή της οδηγίας σε εθνικό επίπεδο. Δεδομένου ότι στην αίτηση εκδόσεως προδικαστικής αποφάσεως τίθενται ποικίλα νομικά ζητήματα, θα τα εξετάσω διαδοχικά για λόγους σαφήνειας.

α) Η ελεγκτική αρμοδιότητα των εθνικών διοικητικών αρχών

44. Το πρώτο διαδικαστικό ζήτημα, το οποίο προκύπτει από την αίτηση εκδόσεως προδικαστικής αποφάσεως, συνίσταται στο αν η οδηγία 2005/29 επιτρέπει στις διοικητικές αρχές να ελέγχουν τις εμπορικές πρακτικές ως προς τον αθέμιτο χαρακτήρα τους. Κατά την εκτίμησή μου, η απάντηση σε αυτό το ζήτημα αντλείται από τις διατάξεις των άρθρων 11 και 12 της οδηγίας, εκ των οποίων απορρέει ότι τα κράτη μέλη έχουν την εξουσία να θεσπίσουν δικαστικές ή διοικητικές διαδικασίες για την καταπολέμηση των αθέμιτων εμπορικών πρακτικών προκειμένου να επιβάλουν την τήρηση της εν λόγω οδηγίας. Ο εναλλακτικός χαρακτήρας των δύο διαδικαστικών μορφών ο οποίος είναι πρόδηλος στο γράμμα («στα δικαστήρια ή σε διοικητικές αρχές») των συγκεκριμένων διατάξεων, καθιστά σαφές ότι η επιλογή της κατάλληλης διαδικασίας εμπίπτει καταρχήν στη διακριτική ευχέρεια των κρατών μελών²⁶. Υπό αυτές τις συνθήκες, επιβάλλεται η διαπίστωση ότι η οδηγία 2005/29 επιτρέπει την ανάθεση του ελέγχου των εμπορικών πρακτικών, ως προς τον αθέμιτο χαρακτήρα τους, στις διοικητικές αρχές.

β) Η αρμοδιότητα των διοικητικών αρχών για τη διενέργεια ex-ante ελέγχου

45. Περαιτέρω ζήτημα διαδικαστικού χαρακτήρα το οποίο τίθεται εν προκειμένω, όπως προαναφέρθηκε, είναι το αν η οδηγία 2005/29 επιτρέπει τη διενέργεια ex-ante ελέγχου των εμπορικών πρακτικών εκ μέρους των διοικητικών αρχών. Συναφώς, επιβάλλεται η διαπίστωση, όπως ορθώς επισημαίνει και το αιτούν δικαστήριο στην απόφασή του περί παραπομπής²⁷, ότι η οδηγία δεν απαγορεύει ρητώς αυτή τη μέθοδο. Άλλωστε, από την οδηγία δεν προκύπτει ρητώς ότι επιτρέπονται μόνον ex-post έλεγχοι, ώστε να μην αναγνωρίζεται στα κράτη μέλη η δυνατότητα να προβλέψουν ότι, ως προς ορισμένες εμπορικές πρακτικές, απαιτείται προηγούμενη έγκριση από διοικητική αρχή. Όπως θα αναλύσω στη συνέχεια, από την ερμηνεία των σχετικών διατάξεων, συνεκτιμώντας το γράμμα τους και το συστηματικό πλαίσιο στο οποίο εντάσσονται, μπορούν να αντληθούν και επιχειρήματα υπέρ του συμβατού χαρακτήρα του ex-ante ελέγχου με την οδηγία.

26 — Βλ. Holzmayr-Schrenk, T., *Die Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken*, Μόναχο, 2010, σ. 68, κατά τον οποίο η οδηγία 2005/29 επιδιώκει μεν την πλήρη εναρμόνιση, αλλά δεν προβλέπει κανένα συγκεκριμένο σύστημα για τον τομέα της καταπολέμησης των αθέμιτων εμπορικών πρακτικών. Ο Stolze, C., *Harmonisierung des Lauterkeitsrechts in der EU – Unter besonderer Berücksichtigung der Sanktionssysteme*, Αμβούργο, 2010, σ. 159, επισημαίνει τα άρθρα 11 και 12 της οδηγίας 2005/29, από τα οποία απορρέει ότι τα κράτη μέλη είναι ελεύθερα να διαμορφώσουν την προστασία από τις αθέμιτες εμπορικές πρακτικές στο πλαίσιο είτε του διοικητικού είτε του αστικού δικαίου. Ο Alexander, C., «Die Sanktions- und Verfahrensvorschriften der Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken im Binnenmarkt – Umsetzungsbedarf in Deutschland?», *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht – Internationaler Teil*, 2005, σ. 810, τονίζει ότι μέχρι τούδε το δίκαιο της Ένωσης έχει εναρμονίσει μόνο σε ορισμένα σημεία τις κυρωτικές και δικονομικές διατάξεις των κρατών μελών και δεν προβλέπει κανένα συγκεκριμένο σύστημα καταπολέμησης των αθέμιτων εμπορικών πρακτικών. Η οδηγία 2005/29 ουδόλως μεταβάλλει αυτό το καθεστώς αποδοχής διαφορετικών συστημάτων επιβολής του δικαίου στο πλαίσιο του δικαίου της Ένωσης. Εξακολουθεί να απόκειται λοιπόν στον εθνικό νομοθέτη το αν η καταπολέμηση των αθέμιτων εμπορικών πρακτικών θα επιτευχθεί με μεθόδους αντλούμενες από το διοικητικό δίκαιο, από το ποινικό δίκαιο ή από το αστικό δίκαιο. Ο Ciatti, A., «La tutela amministrativa e giurisdizionale», *La pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori* (επιμέλεια: Giovanni De Cristofaro), Τορίνο, 2007, σ. 267, εξηγεί ότι ενώ η οδηγία 2005/29 είναι ιδιαίτερος ακριβής και λεπτομερής όσον αφορά τις ουσιαστικού δικαίου απαιτήσεις σε σχέση με τις εθνικές νομοθετικές διατάξεις που τη μεταφέρουν στην έννομη τάξη των κρατών μελών, δεν ισχύει το ίδιο για τους μηχανισμούς επιβολής και κυρώσεων, δεδομένου ότι παρέχεται στον εθνικό νομοθέτη ευρεία ευχέρεια διαμορφώσεως.

27 — Βλ. σημείο 3 της αποφάσεως περί παραπομπής.

46. Καταρχάς, από την κεντρική διάταξη στο άρθρο 11, παράγραφος 1, πρώτο εδάφιο, της οδηγίας 2005/29 προκύπτει η υποχρέωση που επιβάλλει το δίκαιο της Ένωσης στα κράτη μέλη να «μεριμνούν ώστε να υπάρχουν κατάλληλα και αποτελεσματικά μέσα για την καταπολέμηση αθέμιτων εμπορικών πρακτικών προκειμένου να διασφαλίσουν τη συμμόρφωση με τις διατάξεις της παρούσας οδηγίας προς το συμφέρον των καταναλωτών». Ως εκ τούτου, κάθε μέτρο που λαμβάνει κράτος μέλος συνάδει με την οδηγία, εφόσον είναι «κατάλληλο» και «αποτελεσματικό» για να εξαλείψει τις αθέμιτες εμπορικές πρακτικές. Κατ' αυτόν τον τρόπο, όπως έχω επισημάνει ήδη στις προτάσεις μου επί της υποθέσεως *Banco Español de Crédito*²⁸, παρέχεται στα κράτη μέλη ευρεία ευχέρεια διαμορφώσεως²⁹, καθόσον θεωρητικώς μπορούν να ληφθούν διάφορα μέτρα τα οποία να πληρούν και τις δύο προϋποθέσεις. Εν τέλει, θα μπορούσαν να αποκλεισθούν μόνον τα προδήλως ακατάλληλα και αναποτελεσματικά μέτρα. Η διάταξη αυτή λαμβάνει υπόψη τις διαφορετικές νομικές παραδόσεις των κρατών μελών, όπως διαπιστώνεται και στις περιπτώσεις άλλων νομικών εργαλείων στον τομέα της προστασίας των καταναλωτών³⁰.

47. Τα σχετικά μέτρα συγκεκριμενοποιούνται από την οδηγία στο άρθρο 11, παράγραφοι 1 και 2, όπου προβλέπεται, επί παραδείγματι, η δυνατότητα προσώπου ή οργανώσεως, που κατά την εθνική νομοθεσία έχει έννομο συμφέρον για την καταπολέμηση αθέμιτων εμπορικών πρακτικών, να προσβάλλει δικαστικά τέτοιες αθέμιτες πρακτικές³¹ και/ή να φέρει τη σχετική περίπτωση ενώπιον διοικητικού οργάνου. Επιπλέον, το άρθρο 11, παράγραφος 2, προβλέπει πολυάριθμες αρμοδιότητες τις οποίες πρέπει να διαθέτουν τα εθνικά δικαστήρια ή οι διοικητικές αρχές, προκειμένου να απαγορεύουν τις αθέμιτες εμπορικές πρακτικές. Στις εν λόγω αρμοδιότητες εμπίπτουν η παροχή προσωρινής ένδικης προστασίας, καθώς και η λήψη μέτρων προκειμένου να εξαλειφθούν τα συνεχιζόμενα αποτελέσματα αθέμιτων εμπορικών πρακτικών. Το ότι ο κατάλογος αυτών των μέτρων δεν είναι επ' ουδενί εξαντλητικός³², αλλά θέτει τις ελάχιστες προδιαγραφές που οφείλουν να τηρούν τα κράτη μέλη³³, καθίσταται πρόδηλο, αφενός, διότι η κεντρική διάταξη του άρθρου 11, παράγραφος 1, εδάφιο 1, αναφέρεται εν γένει σε «μέσα» και δεν περιέχει μεμονωμένα μέτρα. Συγκεκριμενοποιείται με τη διάταξη του δευτέρου εδαφίου, η οποία ορίζει ότι τα μέσα αυτά

28 — Βλ. τις προτάσεις μου της 14ης Φεβρουαρίου 2012 στην υπόθεση C-618/10, *Banco Español de Crédito* (απόφαση της 14ης Ιουνίου 2012, σημείο 105).

29 — Βλ. Stolze, C., όπ.π., σ. 158, ο οποίος θεωρεί ότι η ελαστική διατύπωση της οδηγίας 2005/29 παρέχει στα κράτη μέλη ευρεία ευχέρεια διαμορφώσεως όσον αφορά τη μεταφορά στην εσωτερική έννομη τάξη των ρυθμίσεων επιβολής του δικαίου κατά την έννοια των άρθρων 11 επ. Ομοίως και ο Koch, E., *Die Richtlinie gegen unlautere Geschäftspraktiken – Aggressives Geschäftsgehaben in Deutschland und England und die Auswirkungen der Richtlinie*, Αμβούργο, 2006, σ. 55. Βλ. Henning-Bodewig, F., «Die Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken», *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht – Internationaler Teil*, 2005, σ. 633, η οποία επισημαίνει ότι η οδηγία 2005/29 επαναλαμβάνει κατ' ουσία τις ρυθμίσεις της οδηγίας 84/450/ΕΟΚ. Αυτές παρείχαν, ως γνωστόν, ευρεία ευχέρεια για όλα τα είδη των αστικών, ποινικών και διοικητικών συστημάτων, εφόσον αυτά μπορούσαν να καταπολεμήσουν καταλλήλως και αποτελεσματικώς τον αθέμιτο ανταγωνισμό. Διά της οδηγίας 2005/29 δεν επιτεύχθηκε ευρύτερη εναρμόνιση των πολύ διαφορετικών συστημάτων στον τομέα της επιβολής του δικαίου. Ο De Cristofaro, G., «Die zivilrechtlichen Folgen des Verstoßes gegen das Verbot unlauterer Geschäftspraktiken: eine vergleichende Analyse der Lösungen der EU-Mitgliedstaaten», *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht – Internationaler Teil*, 2010, σ. 1023, επικρίνει τις διαφορετικές ρυθμίσεις οι οποίες έχουν θεσπισθεί λόγω του άρθρου 11 της οδηγίας 2005/29 και συνάγει το συμπέρασμα ότι η φιλόδοξη προσπάθεια πλήρους εναρμόνισης των εννόμων τάξεων των κρατών μελών έχει αποτύχει όσον αφορά τις αθέμιτες εμπορικές πρακτικές.

30 — Τα άρθρα 11 και 12 της οδηγίας 2005/29 έχουν πανομοιότυπη διατύπωση με τα άρθρα 4 έως 6 της οδηγίας 84/450/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 10ης Σεπτεμβρίου 1984, σχετικά με την παραπλανητική διαφήμιση (ΕΕ L 250, σ. 17). Επίσης, το άρθρο 11, παράγραφος 1, της οδηγίας 2005/29 έχει κάποια ομοιότητα με το άρθρο 7, παράγραφος 1, της οδηγίας 93/13/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 5ης Απριλίου 1993, σχετικά με τις καταχρηστικές ρήτρες των συμβάσεων που συνάπτονται με καταναλωτές (ΕΕ L 95, σ. 29), κατά το οποίο «τα κράτη μέλη μεριμνούν ώστε, προς το συμφέρον των καταναλωτών, καθώς και των ανταγωνιζόμενων επαγγελματιών, να υπάρχουν τα κατάλληλα και αποτελεσματικά μέσα, προκειμένου να πάψει η χρησιμοποίηση των καταχρηστικών ρητρών στις συμβάσεις που συνάπτονται από έναν επαγγελματία με καταναλωτές». Βλ. την ανάλυσή μου στις προτάσεις της 6ης Δεκεμβρίου 2011 στην υπόθεση C-472/10, *Invitel* (απόφαση της 26ης Απριλίου 2012, σημείο 38).

31 — Βλ., σχετικά με τη σημασία της συλλογικής αγωγής στον τομέα του δικαίου προστασίας των καταναλωτών, τις προτάσεις μου στην υπόθεση *Invitel* (προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 30, σημεία 36 επ.).

32 — Βλ. Massaguer, J., *El nuevo derecho contra la competencia desleal – La Directiva 2005/29/CE sobre las Prácticas Comerciales Desleales*, Μαδρίτη, 2006, σ. 144.

33 — Βλ. τις προτάσεις μου στην υπόθεση *Banco Español de Crédito* (προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 28, σημείο 105). Βλ. Stuyck, J., «Enforcement of consumer rights and legal redress for consumers in the EU: An institutional model», *New frontiers of consumer protection* (επιμέλεια: Fabrizio Cafaggi/Hans-W. Micklitz), Οξφόρδη, 2009, σ. 72 επ., ο οποίος επισημαίνει, αφενός, την εξουσία των κρατών μελών όσον αφορά την ελεύθερη διαμόρφωση των δυνατοτήτων επιβολής του δικαίου σε εθνικό επίπεδο και, αφετέρου, το γεγονός ότι η οδηγία 2005/29 θέτει συγκεκριμένες ελάχιστες προδιαγραφές κατά το δίκαιο της Ένωσης οι οποίες πρέπει να τηρούνται υποχρεωτικώς από τα κράτη μέλη.

«περιλαμβάνουν» τα μέτρα τα οποία αναλύονται στη συνέχεια της διατάξεως. Από το γράμμα αυτής της διατάξεως προκύπτει ότι τα κράτη μέλη οφείλουν σε κάθε περίπτωση να εισάγουν στις έννομες τάξεις τους τα ρητώς αναφερόμενα μέτρα. Ωστόσο, δεν μπορεί να συναχθεί το συμπέρασμα ότι θα απαγορευόταν στα κράτη μέλη να θεσπίσουν και άλλες διαδικασίες ή άλλα μέσα ένδικης προστασίας, ενδεχομένως αντίστοιχης καταλληλότητας και αποτελεσματικότητας.

48. Επιπλέον, το άρθρο 11, παράγραφος 2, στοιχείο β', απονέμει ρητώς στις διοικητικές αρχές την αρμοδιότητα να απαγορεύουν αθέμιτη εμπορική πρακτική σε περίπτωση που «δεν έχει ακόμη εφαρμοστεί αλλά επίκειται η εφαρμογή της». Κατ' αυτόν τον τρόπο προβλέπεται ουσιαστικά προληπτική διοικητική απαγόρευση. Τόσο η ομοιότητα με αυτόν τον μηχανισμό προληπτικής απαγορεύσεως, όσο και η μη αποκλειστική απαρίθμηση των μέτρων για την καταπολέμηση των αθέμιτων εμπορικών πρακτικών καθιστούν ήδη εύλογο το ενδεχόμενο ο μηχανισμός του ex-ante ελέγχου να συνάδει με την οδηγία 2005/29. Τούτο ισχύει και βάσει των κριτηρίων της καταλληλότητας και της αποτελεσματικότητας κατά το άρθρο 11, παράγραφος 1, πρώτο εδάφιο, της οδηγίας, καθόσον δεν χωρεί αμφιβολία ότι ο πλέον έγκαιρος εντοπισμός αθέμιτων εμπορικών πρακτικών συμβάλλει στην εξάλειψή τους πριν προκαλέσουν στρεβλώσεις στον ανταγωνισμό.

49. Εκτιμώ ότι οι παρατηρήσεις της Αυστριακής Κυβερνήσεως³⁴ σχετικά με τον νομοθετικό σκοπό των ρυθμίσεων περί αναγγελίας εκποιήσεων είναι χρήσιμες σε αυτό το πλαίσιο. Η Αυστριακή Κυβέρνηση επισημαίνει ότι στις περιπτώσεις εκποιήσεων, οι οποίες εμπίπτουν στο καθεστώς υποχρεωτικής εγκρίσεως των άρθρων 33a επ. του UWG, η ex-post εξέταση των αθέμιτων εμπορικών πρακτικών δεν θα ήταν αποτελεσματική, δεδομένου ότι, στην πλειονότητα των περιπτώσεων, η επιχείρηση δεν υφίσταται πλέον μετά το πέρας της εκποίησης. Τούτο αφορά, κατά το άρθρο 33a του UWG, «όλες [τις] δημοσιοποιήσεις ή [τις] ανακοινώσεις που απευθύνονται σε μεγαλύτερο αριθμό ατόμων και αφορούν τον σκοπό επισπεύσεως της λιανικής διαθέσεως προϊόντων σε μεγάλες ποσότητες ενώ συγχρόνως είναι κατάλληλες να δημιουργήσουν την εντύπωση ότι ο έμπορος αναγκάζεται να επισπεύσει την πώληση λόγω ιδιαίτερων συνθηκών και για τον λόγο αυτό προσφέρει τα προϊόντα του με εξαιρετικά συμφέρουσες προϋποθέσεις και τιμές. Δημοσιοποιήσεις ή ανακοινώσεις οι οποίες περιλαμβάνουν τις λέξεις «εκποίηση», «διάλυση», «εκκαθάριση», «ξεπούλημα», «εξευτελιστικές τιμές», «αδειάζουμε την αποθήκη» ή λέξεις με παρόμοια σημασία νοούνται οπωσδήποτε ως αναγγελία εκποίησης.»

50. Ανεξάρτητα από το αν οι δημοσιοποιήσεις αυτού του είδους συνιστούν «αθέμιτες εμπορικές πρακτικές» κατά την έννοια της οδηγίας 2005/29, το οποίο εν τέλει κρίνεται κατά περίπτωση, η έγκαιρη παρέμβαση των αρχών δικαιολογείται προφανώς από τις προβαλλόμενες συνθήκες εκποίησης οι οποίες τεκμηριώνουν την ιδιαίτερη ανάγκη επισπεύσεως. Ως εκ τούτου, ρύθμιση που παρέχει στις διοικητικές αρχές την εξουσία να ασκούν ex-ante έλεγχο των εμπορικών πρακτικών πληροί τις προϋποθέσεις της καταλληλότητας και της αποτελεσματικότητας κατά το άρθρο 11, παράγραφος 1, πρώτο εδάφιο, της οδηγίας 2005/29.

51. Επομένως, η οδηγία 2005/29 επιτρέπει, καταρχήν, στα κράτη μέλη να απονέμουν στις οικείες διοικητικές αρχές την αρμοδιότητα να ελέγχουν ex-ante τις εμπορικές πρακτικές.

γ) Η συμβατότητα προς την οδηγία μιας εκ του νόμου και υπό την απειλή ποινής απαγορεύσεως με επιφύλαξη αδείας

52. Εάν αναγνωρισθεί η ανωτέρω αρμοδιότητα των κρατών μελών, θα πρέπει συγχρόνως να γίνει δεκτή και η καταρχήν αρμοδιότητά τους να διαμορφώνουν το εθνικό τους δίκαιο κατά τέτοιον τρόπο, ώστε η εφαρμογή συγκεκριμένων εμπορικών πρακτικών, οι οποίες υπό ορισμένες συνθήκες μπορούν να θεωρηθούν αθέμιτες, να εμπίπτει στο πλαίσιο εκ του νόμου απαγορεύσεως με επιφύλαξη αδείας. Το ότι εμπορευόμενος οφείλει εκ του νόμου να λάβει την έγκριση των αρχών πριν προβεί σε δημόσια

34 — Βλ. σημείο 18 του υπομνήματος της Αυστριακής Κυβερνήσεως.

εκποίηση δεν αντιβαίνει, καταρχήν, στην οδηγία 2005/29, καθόσον αυτή η υποχρέωση εκ του νόμου αποτελεί μόνο διαδικαστική λεπτομέρεια η οποία καθιστά δυνατή εν γένει τη διενέργεια ex-ante ελέγχου εκ μέρους των διοικητικών αρχών. Εάν δεν γινόταν γνωστή, δηλαδή, η πρόθεση του εμπορευομένου να αναγγείλει εκποίηση, η διενέργεια του σχετικού ελέγχου, όπως προαναφέρθηκε³⁵, θα ήταν κατά πάσα πιθανότητα άσκοπη. Συνεπώς, αυτή η νομική διαμόρφωση των διαδικαστικών λεπτομερειών σε εθνικό επίπεδο πληροί τα κριτήρια της καταλληλότητας και της αποτελεσματικότητας, τα οποία θέτει το άρθρο 11, παράγραφος 1, πρώτο εδάφιο, της οδηγίας, για να καταπολεμήσει τις αθέμιτες εμπορικές πρακτικές.

53. Επιπλέον, κανένα σημείο της οδηγίας 2005/29 δεν αποκλείει τη δυνατότητα των κρατών μελών, κατά τη διαμόρφωση των διαδικαστικών κανόνων των σχετικών με αυτήν την εκ του νόμου απαγόρευση με επιφύλαξη αδείας, να προβλέπουν στη νομοθεσία τους ότι σε περίπτωση παραβίασής της σχετικής απαγορεύσεως οι διοικητικές αρχές πρέπει να περιορισθούν στη διαπίστωση της ελλείψεως εγκρίσεως χωρίς να κρίνουν επί της ουσίας σε αυτό το στάδιο της διαδικασίας. Τούτο όμως ισχύει μόνον υπό την προϋπόθεση ότι στον εμπορευόμενο παρέχεται η δυνατότητα να κινήσει εν συνεχεία την κανονική διοικητική διαδικασία και να υποβάλει αίτηση για τη χορήγηση εγκρίσεως, ώστε να ληφθεί σχετική απόφαση, η οποία ακολούθως θα αποτελέσει τη βάση της περαιτέρω διαδικασίας.

54. Πράγματι, μόνο σε αυτήν την περίπτωση, η νομική κατασκευή της απαγορεύσεως με επιφύλαξη αδείας θα μπορούσε να λειτουργήσει ως τμήμα δικονομικού μηχανισμού για την εξασφάλιση ex-ante ελέγχου. Εάν ο εμπορευόμενος στερούνταν την ανωτέρω δυνατότητα –μολονότι δεν υφίστανται σχετικές ενδείξεις στην περίπτωση της κύριας δίκης–, η εν λόγω κατασκευή θα λειτουργούσε ως οριστική απαγόρευση και θα ισοδυναμούσε με γενική απαγόρευση ασκήσεως εμπορικών πρακτικών, η οποία δεν μπορεί επ' ουδενί να στηριχθεί στην οδηγία 2005/29. Αυτού του είδους η οριστική εκ των υστέρων απαγόρευση θα ήταν αντίθετη προς τον φιλελεύθερο προσανατολισμό της οδηγίας ο οποίος ευνοεί την επιχειρηματική ελευθερία³⁶, αλλά και προς τη διάρθρωση των ρυθμίσεων της οδηγίας, κατά την οποία οι εμπορικές πρακτικές επιτρέπονται καταρχήν, εφόσον δεν πληρούν τα κριτήρια για να θεωρηθούν αθέμιτες. Συγκεκριμένα, όπως επισήμανε το Δικαστήριο στην απόφαση Mediaprint, όταν εμπορική πρακτική εμπίπτουσα στο πεδίο εφαρμογής της οδηγίας δεν περιλαμβάνεται στο παράρτημα I αυτής, η πρακτική αυτή μπορεί να θεωρείται αθέμιτη, και ως εκ τούτου να απαγορεύεται, μόνον κατόπιν ειδικής αναλύσεως ιδίως βάσει των κριτηρίων των άρθρων 5 έως 9 της οδηγίας³⁷. Επιπλέον, η ανωτέρω απαγόρευση θα αποτελούσε κύρωση δυσανάλογη προς τον σκοπό εξασφάλισης της επιβολής της οδηγίας. Τούτο όμως θα το αναλύσω περαιτέρω στο πλαίσιο της εξετάσεως των ζητημάτων του ουσιαστικού δικαίου.

55. Το γεγονός ότι το άρθρο 33f του UWG προβλέπει χρηματική ποινή για τις σχετικές παραβάσεις δεν συνεπάγεται οπωσδήποτε ότι το εν λόγω άρθρο αντιβαίνει στην οδηγία 2005/29, καθόσον το άρθρο 13 της οδηγίας επιβάλλει ρητώς στα κράτη μέλη να «καθορίζουν κυρώσεις για παραβάσεις των εθνικών διατάξεων που θεσπίζονται κατ' εφαρμογή της παρούσας οδηγίας». Η εν λόγω διάταξη της οδηγίας προβλέπει επίσης ότι τα κράτη μέλη «λαμβάνουν όλα τα αναγκαία μέτρα» για την εξασφάλιση της επιβολής της οδηγίας. Οι κυρώσεις αυτές πρέπει να είναι «αποτελεσματικές, αναλογικές και αποτρεπτικές»³⁸. Δεδομένου ότι η απειλή χρηματικής ποινής είναι κατάλληλη, καταρχήν, για να παροτρύνει τον εμπορευόμενο να ενεργήσει νομίμως και να ενημερώσει τις αρχές σχετικά με κάθε αναγγελία εκποιήσεως –η οποία ενδέχεται να πληροί τις προϋποθέσεις, ώστε να

35 — Βλ. σημείο 49 των παρούσων προτάσεων.

36 — Βλ. προτάσεις μου στην υπόθεση VTB-VAB και Galatea (απόφαση προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 7, σημείο 81) και στην υπόθεση Mediaprint (απόφαση προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 10, σημείο 74).

37 — Απόφαση Mediaprint (προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 10, σκέψη 43).

38 — Για να μη θεωρηθεί ότι ο νομοθέτης της Ένωσης θέσπισε περιττή διπλή ρύθμιση, πρέπει να λαμβάνεται ως δεδομένο ότι το άρθρο 13 της οδηγίας 2005/29 συνιστά ειδική διάταξη σχετικά με τις προβλεπόμενες έννομες συνέπειες (κυρώσεις) σε περίπτωση παραβίασής του εθνικού δικαίου περί αθέμιτου ανταγωνισμού, ενώ το άρθρο 11, παράγραφος 1, πρώτο εδάφιο, της οδηγίας αφορά ζητήματα επιβολής και διαδικαστικής φύσεως. Πάντως, αυτοί οι δύο τομείς δεν διακρίνονται σαφώς στο κείμενο της οδηγίας, αλλά έχουν μόνο δευτερεύουσα σημασία σε σχέση με τη μεταφορά της οδηγίας στο εθνικό δίκαιο. Συναφώς, Alexander, C., ό.π. (υποσημείωση 26), σ. 811.

θεωρηθεί αθέμιτη εμπορική πρακτική κατά την έννοια της οδηγίας—, δεν χωρεί αμφιβολία ότι κύρωση αυτού του είδους είναι, συγχρόνως, αποτελεσματική και αποτρεπτική. Δεν υφίστανται επίσης ενδείξεις ότι τέτοια χρηματική ποινή θα ήταν δυσανάλογη προς τον επιδιωκόμενο σκοπό καταπολέμησης των αθέμιτων εμπορικών πρακτικών.

δ) Ο δικαστικός έλεγχος της διοικητικής αποφάσεως

i) Παρουσίαση του ζητήματος

56. Ένα επιπρόσθετο δικονομικό ζήτημα, το οποίο θέτει το αιτούν δικαστήριο στην αίτησή του, αφορά το εύρος της εξουσίας εκτιμήσεως των εθνικών δικαστηρίων στο πλαίσιο αγωγών παραλείψεως εκ μέρους ανταγωνιστών κατά το άρθρο 34, παράγραφος 3, του UWG. Το αιτούν δικαστήριο ζητεί κατ' ουσία να διευκρινισθεί αν εθνικό δικαστήριο μπορεί να υποχρεωθεί εκ του νόμου να απαγορεύσει την αναγγελία εκποίησης μόνο για τον λόγο ότι ο εμπορευόμενος δεν διαθέτει σχετική έγκριση, χωρίς να απαιτείται από το δικαστήριο να εξετάσει σε αυτήν τη διαδικασία τον παραπλανητικό, επιθετικό ή κατά άλλον τρόπο αθέμιτο χαρακτήρα της επίμαχης εμπορικής πρακτικής.

57. Φρονώ ότι για την απάντηση σε αυτό το ζήτημα πρέπει να ληφθούν υπόψη κυρίως τα έννομα αποτελέσματα τα οποία παράγει η εν λόγω δικαστική απαγόρευση εντός της εθνικής έννομης τάξεως. Σε κάθε περίπτωση, δικονομική ρύθμιση όπως η επίμαχη, εν προκειμένω, δεν πληροί τις προϋποθέσεις που θέτει η οδηγία, εάν καθιστά δυνατή την οριστική απαγόρευση συγκεκριμένης εμπορικής πρακτικής χωρίς να έχει διαπιστωθεί προηγουμένως ο αθέμιτος χαρακτήρας της βάσει εξατομικευμένης εκτιμήσεως. Έχει επισημανθεί ήδη η επιτακτική ανάγκη εξατομικευμένης εκτιμήσεως προκειμένου να καταστεί δυνατή εν γένει η επιβολή σχετικής απαγορεύσεως³⁹.

58. Όπως θα εξηγήσω στη συνέχεια των παρατηρήσεών μου, υπάρχουν ενδεχομένως περιπτώσεις στις οποίες η διενέργεια τέτοιας εκτιμήσεως δεν μπορεί να εξασφαλισθεί απολύτως. Συναφώς, η οδηγία 2005/29 θα απαγόρευε στα κράτη μέλη να προβλέπουν ότι τα δικαστήριά τους οφείλουν, στις περιπτώσεις αυτές, να περιορίζονται στον έλεγχο τηρήσεως της υποχρεώσεως προηγούμενης εγκρίσεως.

ii) Η ευχέρεια διαμορφώσεως των κρατών μελών όσον αφορά δικονομικά ζητήματα

59. Εντούτοις, πριν από την ανάλυση αυτών των ειδικών περιπτώσεων, είναι σκόπιμο να διευκρινισθούν ορισμένα ζητήματα σχετικά με την εξουσία που διαθέτουν τα κράτη μέλη ως προς τη διαμόρφωση αγωγών επί παραλείψει. Συναφώς, πρέπει να εξετασθεί κυρίως το είδος του νομικού ελέγχου τον οποίο πρέπει να ασκούν τα καθ' ύλην αρμόδια εθνικά δικαστήρια. Μπορούν, δηλαδή, τα δικαστήρια, ενώπιον των οποίων εκδικάζεται αγωγή επί παραλείψει, να περιορισθούν μόνο στον έλεγχο τηρήσεως τυπικών διαδικασιών όπως η χορήγηση εγκρίσεως ή οφείλουν κατά το δίκαιο της Ένωσης να εξακριβώσουν αν η υπό εξέταση εμπορική πρακτική είναι όντως αθέμιτη κατά την έννοια της οδηγίας 2005/29;

60. Όπως επισημάνθηκε ήδη, τα κράτη μέλη διαθέτουν, καταρχήν, ευρεία ευχέρεια όσον αφορά τη διαμόρφωση των δικονομικών μέσων για την καταπολέμηση των αθέμιτων εμπορικών πρακτικών⁴⁰. Εάν γίνει δεκτό ότι το δίκαιο της Ένωσης απονέμει στα κράτη μέλη —όπως υποστηρίζεται στο πλαίσιο της προκειμένης εξετάσεως— την αρμοδιότητα να εποπτεύουν τις εμπορικές πρακτικές ως προς τον θεμιτό χαρακτήρα τους διά της ασκήσεως ex-ante ελέγχου εκ μέρους των διοικητικών αρχών, πρέπει κατά συνέπεια να αναγνωρισθεί και η αρμοδιότητά των κρατών μελών να προβλέπουν εντός της έννομης τάξεώς τους ότι τα δικαστήρια οφείλουν να εφαρμόζουν, στο πλαίσιο αγωγών επί

39 — Βλ. σημείο 53 των παρουσών προτάσεων.

40 — Βλ. σημείο 46 των παρουσών προτάσεων.

παραλείψει, νομικό κριτήριο ίδιο με αυτό των διοικητικών αρχών. Η άποψη αυτή ενισχύεται, καθόσον η δικαστική απαγόρευση της αναγγελίας εκποίησης κατόπιν ασκήσεως αγωγής από ανταγωνιστή κατά το άρθρο 34, παράγραφος 3, του UWG σκοπεύει κατ' ουσία να εξασφαλίσει την αποτελεσματικότητα νομικής κατασκευής, όπως η επίμαχη εν προκειμένω, χρησιμοποιώντας τα μέσα της τακτικής δικαιοσύνης⁴¹. Οι αγωγές επί παραλείψει συνιστούν απλώς «μέσα» κατά την έννοια του άρθρου 11 της οδηγίας 2005/29, τα οποία μπορούν να χρησιμοποιήσουν οι ανταγωνιστές για να προβάλουν τις αιτιάσεις τους όσον αφορά παραβιάσεις της υποχρέωσης ex ante εγκρίσεως. Εν τέλει, η εκ του νόμου απειλή εκδόσεως δικαστικής απαγορεύσεως έχει ως σκοπό, όπως επισήμανε με πειστικό τρόπο η Schutzverband κατά την ανάπτυξη των προφορικών της παρατηρήσεων, να αναγκάσει τον εμπορεύμενο να τηρήσει τη διαδικασία εγκρίσεως που προβλέπει το άρθρο 33b του UWG.

61. Για να επιτευχθεί η ομοιόμορφη διαμόρφωση της ένδικης προστασίας σε εθνικό επίπεδο, είναι αναγκαίο οι διοικητικές αρχές και τα δικαστήρια να εφαρμόζουν το ίδιο νομικό κριτήριο όταν ελέγχουν αν ο εμπορεύμενος ενήργησε νομίμως. Σε περίπτωση που ο εμπορεύμενος δεν τηρήσει την υποχρέωση ex ante εγκρίσεως κατά το άρθρο 33b του UWG, το εθνικό δίκαιο είναι δικαιολογημένο, καταρχήν, να προβλέπει ότι ο δικαστικός έλεγχος στο πλαίσιο της διαδικασίας του άρθρου 34, παράγραφος 3, του UWG πρέπει να περιορίζεται στο αν η σχεδιαζόμενη αναγγελία έχρηζε εγκρίσεως βάσει του εθνικού δικαίου και στο αν χορηγήθηκε σχετική έγκριση, χωρίς να επιβάλλεται στο δικαστήριο να αποφανθεί περί του αθέμιτου χαρακτήρα της επίμαχης εμπορικής πρακτικής.

62. Επομένως, διαπιστώνεται ότι η οδηγία 2005/29 επιτρέπει, καταρχήν, στα κράτη μέλη να προβλέπουν διά νόμου ότι τα εθνικά δικαστήρια πρέπει να περιορίζονται στον νομικό έλεγχο τηρήσεως της υποχρέωσης ex ante εγκρίσεως όταν κρίνουν αγωγές επί παραλείψει.

iii) Απαγόρευση καταστρατηγήσεως της υποχρέωσης εξατομικευμένης εκτιμήσεως

63. Ωστόσο, η ευχέρεια την οποία διαθέτουν τα κράτη μέλη για τη διαμόρφωση τέτοιων «μέσων» δεν είναι απεριόριστη. Πρέπει να χρησιμοποιείται εντός των ορίων που θέτει η οδηγία 2005/29. Τούτο συνεπάγεται, όσον αφορά το υπό εξέταση ζήτημα, ότι οι αγωγές επί παραλείψει δεν μπορούν σε καμία περίπτωση να διαμορφώνονται κατά τρόπο που να καθιστά δυνατή την καταστρατήγηση της υποχρέωσης εξατομικευμένης εκτιμήσεως –είτε στο πλαίσιο της ένδικης διαδικασίας είτε εκ των υστέρων– την οποία προβλέπει το δίκαιο της Ένωσης.

64. Κατ' αντιστοιχία προς τις προηγηθείσες παρατηρήσεις σχετικά με τη διοικητική διαδικασία⁴², η δικαστική απαγόρευση δεν μπορεί να έχει ως συνέπεια τον αποκλεισμό, επί παραδείγματι, του δικαιώματος του εμπορευομένου να κινήσει εν συνεχεία την κανονική διοικητική διαδικασία και να υποβάλει αίτηση για τη χορήγηση εγκρίσεως. Πράγματι, στην περίπτωση αυτή η δικαστική απαγόρευση δεν θα λειτουργούσε πλέον ως δικονομική εξασφάλιση της αρμοδιότητας των αρχών για τη διενέργεια ex-ante ελέγχων. Αντιθέτως, θα συνιστούσε οριστική δικαστική απαγόρευση η οποία θα ισοδυναμούσε με γενική απαγόρευση ασκήσεως εμπορικών πρακτικών.

41 — Όπως προκύπτει από το άρθρο 34, παράγραφος 3, του UWG, η αξίωση παραλείψεως μπορεί να εγερθεί μόνο με την άσκηση τακτικών ενδίκων μέσων, δηλαδή, ενώπιον των αστικών δικαστηρίων. Κατά την εν λόγω διάταξη, για την τύχη της αξιώσεως παραλείψεως δεν είναι τόσο σημαντική η υπαιτιότητα όσο ο σκοπός αποκτήσεως προβαδίσματος διά παρανόμου πράξεως έναντι των νομοταγών ανταγωνιστών. Το ίδιο ισχύει και για την αξίωση άρσης κατά το άρθρο 15 του UWG. Επιπλέον, σε περιπτώσεις παραβάσεων των διοικητικών διατάξεων του δευτέρου κεφαλαίου, στο οποίο περιλαμβάνονται οι επίδικες διατάξεις, υφίσταται η δυνατότητα λήψης ασφαλιστικών μέτρων δυνάμει του άρθρου 24 του UWG (βλ. Duursma, D., σε: *UWG – Kommentar*, όπ.π., σημείο 4, σ. 1203).

42 — Βλ. σημείο 53 των παρούσων προτάσεων.

65. Λαμβανομένων υπόψη των ανωτέρω σκέψεων, εθνική ρύθμιση, όπως η επίμαχη εν προκειμένω, θα αντέβαινε οπωσδήποτε στη σχετική οδηγία, εάν το γεγονός ότι δεν λήφθηκε ex-ante έγκριση είχε ως συνέπεια την αμετάκλητη απαγόρευση της εν λόγω πρακτικής, χωρίς να εξετασθεί επί της ουσίας –σε δικαστικό ή διοικητικό επίπεδο– αν αυτή είναι αθέμιτη. Ο επιχειρηματίας, δηλαδή, πρέπει να διατηρεί τη δυνατότητα να ζητήσει, στο πλαίσιο δικαστικής ή διοικητικής διαδικασίας, εξατομικευμένη εκτίμηση επί της ουσίας, ακόμη και αν αρχικώς ενήργησε κατά παράβαση της διαδικασίας και δεν έλαβε την ex-ante έγκριση. Αυτή η αρχική του ενέργεια δεν πρέπει να προκαλέσει κατ' ανάγκη τη μόνιμη απαγόρευση θεμιτής εμπορικής πρακτικής. Συναφώς, διαφέρει το ζήτημα αν επιτρέπεται η επιβολή κυρώσεως σε επιχειρηματία επειδή ενήργησε κατά παράβαση των εθνικών δικονομικών διατάξεων. Τούτο δεν μπορεί να αμφισβητηθεί, καταρχήν, λόγω της δικονομικής αυτονομίας των κρατών μελών την οποία αναγνωρίζει η οδηγία 2005/29⁴³. Εντούτοις, το ανωτέρω ζήτημα θα μπορούσε να εγείρει αμφιβολίες, εάν από τις εθνικές δικονομικές διατάξεις προέκυπτε, από νομικής ή πρακτικής απόψεως, ο αποκλεισμός ακίνδυνης, θεμιτής εμπορικής πρακτικής⁴⁴.

66. Για παράδειγμα, θα υφίστατο αυξημένος κίνδυνος τέτοιου αποκλεισμού σε περιπτώσεις στις οποίες ο χρονικός παράγοντας έχει ιδιαίτερη σημασία για τον εμπορευόμενο. Τούτο θα ίσχυε, ενδεικτικώς, σε περίπτωση εκποίησης εποχιακών ειδών⁴⁵ τα οποία, ως εκ της φύσεώς τους, μπορούν να πωληθούν μόνο σε συγκεκριμένες περιόδους του έτους. Δικαστική απαγόρευση της αναγγελίας εκποίησης κατά την επίμαχη περίοδο μόνο λόγω της έλλειψης εγκρίσεως θα λειτουργούσε στην πράξη ως απόλυτη απαγόρευση. Ασφαλώς, ο εμπορευόμενος θα μπορούσε, κατά κανόνα, να ζητήσει εκ των υστέρων την έγκριση. Από τη σκοπιά του όμως η πραγματοποίηση της εκποίησης εκτός της σχετικής περιόδου δεν θα είχε κανένα νόημα. Κατά συνέπεια, κάθε δικαστική απόφαση με την οποία διαπιστώνεται αποκλειστικώς η παράβαση της υποχρεώσεως ex-ante εγκρίσεως θα είχε ως συνέπεια, εν τέλει, τη μόνιμη απαγόρευση ακίνδυνου μέτρου. Επιπλέον πρέπει να ληφθεί υπόψη ότι η επιβολή μόνιμης απαγορεύσεως λόγω απλής διαδικαστικής παραβάσεως αντιβαίνει στον σκοπό της οδηγίας 2005/29 κατά τον οποίο πρέπει να απαγορεύονται μόνον οι εμπορικές πρακτικές που είναι όντως επιθετικές, παραπλανητικές ή κατά άλλον τρόπο αθέμιτες.

67. Ο αυστριακός νομοθέτης έλαβε υπόψη προφανώς αυτές τις ειδικές περιπτώσεις και απάλλαξε εκ προοιμίου τις καλούμενες «προσφορές λόγω τέλους εποχής» από την υποχρέωση λήψης εγκρίσεως με το άρθρο 33a, παράγραφος 2, του UWG. Αυτές οι προσφορές λόγω τέλους εποχής, οι οποίες καθιερώθηκαν από την εμπορική πείρα, έχουν ως σκοπό να παράσχουν στους εμπόρους τη δυνατότητα να εκποιήσουν το απόθεμα ιδίως τυπικών εποχιακών ειδών και ειδών του συρμού. Κατ' αυτόν τον τρόπο διευκολύνουν την εκκαθάριση της αποθήκης, αποτρέπουν την υποτίμηση των προϊόντων και αυξάνουν τη ρευστότητα⁴⁶. Όπως προκύπτει τόσο από τις προφορικές παρατηρήσεις της Αυστριακής Κυβερνήσεως όσο και από τη νομολογία των αυστριακών δικαστηρίων⁴⁷, αυτές οι προσφορές λόγω τέλους εποχής αφορούν τα ανωτέρω εποχιακά είδη, αλλά και άλλα εμπορεύματα τα

43 — Βλ. σημείο 55 των παρούσων προτάσεων.

44 — Το αστικό δικονομικό δίκαιο των κρατών μελών δεν εξαιρείται σε καμία περίπτωση από τις επιταγές του δικαίου της Ένωσης. Κατά μείζονα λόγο, δεν μπορεί να καθιστά πρακτικώς αδύνατη ή να αποκλείει την άσκηση των δικαιωμάτων που απονέμει το δίκαιο της Ένωσης. Πρέπει να προβλέπει ένδικα μέσα τα οποία να καθιστούν δυνατή την αποτελεσματική εφαρμογή του δικαίου της Ένωσης (βλ. Hess, B., *Europäisches Zivilprozessrecht*, Χαϊδελβέργη, 2010, § 10, σ. 621, σημείο 7). Όσον αφορά το προκείμενο ζήτημα, ο σκοπός της οδηγίας 2005/29 θα καταστρατηγούνταν, εάν επιτρεπόταν να απαγορευθεί οριστικός θεμιτή εμπορική πρακτική μόνον επειδή δεν τηρήθηκε μια διαδικαστική υποχρέωση (εν προκειμένω: η υποχρέωση λήψης εγκρίσεως). Κατά τη διαμόρφωση διαδικασιών πρέπει να συμβιβάζεται ο σκοπός του εθνικού νομοθέτη (εν προκειμένω: η έγκαιρη ενημέρωση των αρχών σχετικά με δυνητικώς αθέμιτη εμπορική πρακτική) με τους σκοπούς του νομοθέτη της Ένωσης κατά τέτοιον τρόπο, ώστε να απαγορεύονται μόνον οι πραγματικά αθέμιτες εμπορικές πρακτικές. Για να εξασφαλισθεί ότι ένα δικαίωμα (εν προκειμένω: η ελεύθερη άσκηση θεμιτής εμπορικής πρακτικής) δεν θίγεται ανεπανόρθωτα, ο εθνικός νομοθέτης πρέπει να προβλέψει τα αναγκαία μέσα ένδικης προστασίας.

45 — Μεταξύ αυτών περιλαμβάνονται ιδίως τα είδη τα οποία χρησιμοποιούνται, κατά κανόνα, σε παραδοσιακές εορτές όπως τα Χριστούγεννα, η Πρωτοχρονιά, οι Απόκριες, και το Πάσχα (παραδείγματος χάρη, διακοσμητικός στολισμός, στολές, συγκεκριμένα τρόφιμα και ποτά, πυροτεχνήματα).

46 — Βλ. Duursma, D., σε: *UWG – Kommentar*, όπ.π. (υποσημείωση 25), άρθρο 33a, σημείο 11, σ. 1189, και Wiltschek, L., *UWG – Kommentar*, όπ.π. (υποσημείωση 25), άρθρα 33a-f, σημείο 59, σ. 1039.

47 — Βλ. αποφάσεις του Oberster Gerichtshof της 16ης Ιουνίου 1987 (αριθ. αναφοράς: 4 Ob 342/87) και της 29ης Ιουνίου 1993 (αριθ. αναφοράς: 4 Ob 54/93). Απόφαση του Verwaltungsgerichtshof της 16ης Δεκεμβρίου 1998 (αριθμός αναφοράς: 97/04/0090).

οποία δεν ανήκουν οπωσδήποτε σε αυτήν την κατηγορία⁴⁸ και, ως εκ τούτου, πρέπει να ληφθεί ως δεδομένο ότι αυτή η εξαιρετική ρύθμιση έχει ευρύτερο πεδίο εφαρμογής εντός της αυστριακής έννομης τάξεως. Η ορθότητα αυτής της απόψεως, εάν αυτή μπορούσε να στηριχθεί εν τέλει στο άρθρο 33α, παράγραφος 2, του UWG, προϋποθέτει αύξηση του κινδύνου αποκλεισμού θεμιτής εμπορικής πρακτικής. Συγκεκριμένα, θα έπρεπε να γίνει δεκτό ότι η επιχειρηματική δραστηριότητα του εμπορευομένου δεν υπάγεται εξαρχής στο καθεστώς υποχρεωτικής ex-ante εγκρίσεως και τούτο θα είχε ως συνέπεια η εν λόγω δραστηριότητα να μην υπόκειται σε καμία διαδικαστική υποχρέωση και επομένως σε κανέναν περιορισμό, έως ότου οι εμπορικές της πρακτικές να κηρυχθούν αθέμιτες από νομικής απόψεως. Συνεπώς, η επίμαχη εθνική ρύθμιση θα πληρούσε καταρχήν τις προϋποθέσεις της οδηγίας 2005/29, τουλάχιστον σε σχέση με την ως άνω περίπτωση.

68. Εν συμπεράσματι, διαπιστώνεται ότι η επίμαχη εθνική ρύθμιση δεν μπορεί να έχει ως αποτέλεσμα για τον εμπορευόμενο την οριστική και διαρκή απαγόρευση ασκήσεως θεμιτής εμπορικής πρακτικής. Αντιθέτως, ο εμπορευόμενος πρέπει να διαθέτει τη δυνατότητα να ζητήσει από τις αρμόδιες αρχές να αποφανθούν επί της ουσίας βάσει του παραρτήματος I, καθώς και των κριτηρίων που προβλέπουν τα άρθρα 5 έως 9 της οδηγίας 2005/29. Στο αιτούν δικαστήριο, το οποίο έχει άμεση γνώση των κατά τόπο δεδομένων και είναι αποκλειστικώς αρμόδιο να ερμηνεύει το εθνικό δίκαιο, απόκειται να διαπιστώσει αν το εθνικό δικονομικό δίκαιο προβλέπει επαρκείς εγγυήσεις προς εξασφάλιση αυτής της δυνατότητας.

ε) Ενδιάμεσο συμπέρασμα

69. Από την ανωτέρω εξέταση των δικονομικών ζητημάτων του προδικαστικού ερωτήματος προέκυψε ότι η οδηγία 2005/29 δεν αποκλείει, καταρχήν, εθνική ρύθμιση, όπως η επίμαχη στην κύρια δίκη, κατά την οποία η αναγγελία εκποίσεως δεν επιτρέπεται χωρίς έγκριση της αρμόδιας διοικητικής αρχής και επομένως πρέπει να απαγορεύεται στο πλαίσιο δικαστικής διαδικασίας, χωρίς να επιβάλλεται στο δικαστήριο να ελέγξει τον παραπλανητικό, επιθετικό ή κατά άλλον τρόπο αθέμιτο χαρακτήρα αυτής της εμπορικής πρακτικής, εφόσον εξασφαλίζεται ότι δεν μπορεί να απαγορευθεί οριστικώς θεμιτή εμπορική πρακτική. Ο εμπορευόμενος πρέπει να διαθέτει τη δυνατότητα να ζητήσει εξατομικευμένη εκτίμηση του θεμιτού χαρακτήρα της σχετικής εμπορικής πρακτικής στο πλαίσιο δικαστικής ή διοικητικής διαδικασίας⁴⁹.

3. Τα ζητήματα ουσιαστικού δικαίου του προδικαστικού ερωτήματος

α) Γενικά

70. Η ορθή μεταφορά των διατάξεων ουσιαστικού δικαίου της οδηγίας 2005/29 στο αυστριακό δίκαιο –τουλάχιστον, όσον αφορά τον συγκεκριμένο τομέα της αναγγελίας εκποίσεως– αποτελεί ένα από τα κεντρικά ζητήματα της προκειμένης υποθέσεως. Είναι σημαντικό να διευκρινισθεί αν οι διατάξεις των άρθρων 33α επ. του UWG συνάδουν με την οδηγία, διότι αυτές οι διατάξεις συνιστούν τις νομικές βάσεις επί των οποίων πρέπει να στηριχθούν οι διοικητικές αρχές για να κρίνουν αν θα χορηγήσουν ή

48 — Βλ. απόφαση του Oberster Gerichtshof της 29ης Ιουνίου 1993 (αριθ. αναφοράς: 4 Ob 54/93), στην οποία κρίθηκε ότι επιτρέπεται η πώληση χαλιών εξ Ανατολής στο πλαίσιο προσφορών του τμήματος εποχιακών ειδών λόγω τέλους εποχής, μολοντί τα εμπορεύματα αυτού του είδους δεν είναι κατά κανόνα εποχιακά.

49 — Στο παράδειγμα των δικονομικών επιταγών που περιλαμβάνει η οδηγία όσον αφορά την επιβολή της σε κάθε κράτος μέλος, αναγνωρίζεται σαφώς η στενή σχέση μεταξύ του υπερεθνικού και του εθνικού κανονιστικού επιπέδου. Ο συντάκτης της οδηγίας περιορίζεται στη θέσπιση γενικών ρυθμίσεων και ελάχιστων προϋποθέσεων, ενώ ως προς τα υπόλοιπα, παραχωρεί στον εθνικό νομοθέτη την επιμέρους διαμόρφωση των μέσων επιβολής. Και τα δύο κανονιστικά επίπεδα αποτελούν συστατικά στοιχεία ενός στενά συνδεδεμένου «συστήματος δύο επιπέδων» [«Zweiebenensystem»], όπως θα το περιέγραφε ο Grundmann, S., «Systemdenken und Systembildung», σε: *Europäische Methodenlehre* (επιμέλεια: Karl Riesenhuber), 2η έκδοση, Βερολίνο, 2010, § 10, σημείο 2, σ. 287.

δεν θα χορηγήσουν έγκριση στον εμπορευόμενο. Η άρνηση της εγκρίσεως κατ' εφαρμογή νομικού κανόνα ο οποίος αντιβαίνει στην οδηγία θα αποτελούσε διοικητική απόφαση η οποία επίσης θα αντέβαινε στην οδηγία. Το αιτούν δικαστήριο δεν αποκλείει το ενδεχόμενο ορισμένες από αυτές τις νομικές βάσεις να μη συνάδουν με την οδηγία⁵⁰.

71. Το ότι οι επίμαχες εθνικές διατάξεις δεν συνάδουν με την οδηγία θα μπορούσε να προκύπτει από το ότι επιβάλλουν στις διοικητικές αρχές σύστημα λήψης αποφάσεων το οποίο δεν είναι σύμφωνο με αυτό της οδηγίας 2005/29. Στο εν λόγω σύστημα θα μπορούσαν να εμπίπτουν τα κριτήρια βάσει των οποίων οι διοικητικές αρχές πρέπει να εκτιμούν τον αθέμιτο χαρακτήρα των εμπορικών πρακτικών. Δεδομένου ότι η οδηγία επιδιώκει την πλήρη εναρμόνιση των ουσιαστικού δικαίου διατάξεων της νομοθεσίας περί αθέμιτου ανταγωνισμού, κάθε παρέκκλιση από τις επιταγές του δικαίου της Ένωσης θα έπρεπε να εκλαμβάνεται ως παραβίαση του δικαίου της Ένωσης. Στην περίπτωση αυτή, λόγω της υπεροχής του δικαίου της Ένωσης, οι διοικητικές αρχές δεν θα μπορούσαν να εφαρμόσουν τις αντικείμενες εθνικές διατάξεις σε σχέση με τους ιδιώτες, όπως ορθώς επισημαίνει το αιτούν δικαστήριο παραπέμποντας στη σχετική νομολογία του Δικαστηρίου⁵¹.

β) Εξέταση της δομής των δύο νομοθετημάτων

72. Για να διαπιστωθεί αν η οδηγία 2005/29 αποκλείει τις διατάξεις των άρθρων 33a επ. του UWG σχετικά με την αναγγελία εκποιήσεων, είναι αναγκαίο να εξετασθεί και εν συνεχεία να συγκριθεί η ρυθμιστική δομή των ουσιαστών διατάξεων των δύο νομοθετημάτων.

ι) Η ρυθμιστική δομή της οδηγίας 2005/29

73. Η βασική διάταξη της οδηγίας 2005/29 είναι η γενική ρήτρα του άρθρου 5, παράγραφος 1, που θεσπίζει την απαγόρευση των αθέμιτων εμπορικών πρακτικών. Το τι πρέπει ειδικότερα να νοείται ως «αθέμιτο» διευκρινίζεται στο άρθρο 5, παράγραφος 2. Κατά τη διάταξη αυτή, εμπορική πρακτική είναι αθέμιτη, αφενός, όταν είναι αντίθετη προς τις απαιτήσεις «επαγγελματικής ευσυνειδησίας» και, αφετέρου, όταν ενδέχεται να «στρεβλώσει ουσιαδώς» την οικονομική συμπεριφορά του καταναλωτή. Κατά την παράγραφο 4, είναι αθέμιτες ιδιαιτέρως οι εμπορικές πρακτικές που είναι παραπλανητικές (άρθρα 6 και 7) ή επιθετικές (άρθρα 8 και 9). Η παράγραφος 5 παραπέμπει στο παράρτημα I και τις κατονομαζόμενες σ' αυτό εμπορικές πρακτικές που «θεωρούνται αθέμιτες υπό οποιεσδήποτε περιστάσεις». Ο ίδιος ενιαίος κατάλογος ισχύει σε όλα τα κράτη μέλη και μπορεί να τροποποιηθεί μόνο με αναθεώρηση της οδηγίας.

74. Κατά συνέπεια, ως σημείο αναφοράς για την εφαρμογή του δικαίου από τα εθνικά δικαστήρια και τις εθνικές αρχές πρέπει καταρχάς να λαμβάνεται ο περιεχόμενος στο παράρτημα I κατάλογος των 31 περιπτώσεων αθέμιτων εμπορικών πρακτικών. Όταν εμπορική πρακτική εμπίπτει σε μία από αυτές τις περιπτώσεις, πρέπει να απαγορεύεται· δεν απαιτείται περαιτέρω εξέταση, παραδείγματος χάρη, των επιπτώσεών της. Αν η συγκεκριμένη περίπτωση δεν εμπίπτει στις απαγορεύσεις αυτού του καταλόγου, θα πρέπει να εξετάζεται αν συντρέχει μια από τις ρυθμιζόμενες ενδεικτικά περιπτώσεις –παραπλανητικές και επιθετικές πρακτικές– της γενικής ρήτρας. Μόνον όταν αυτό δεν συμβαίνει έχει άμεσα εφαρμογή η γενική ρήτρα του άρθρου 5, παράγραφος 1, της οδηγίας.

50 — Βλ. σημείο 5 της αποφάσεως περί παραπομπής.

51 — Βλ. σημείο 6 της αποφάσεως περί παραπομπής.

ii) Οι ουσιαστικοί κανόνες του UWG σχετικά με την αναγγελία εκποιήσεων

75. Το άρθρο 33b του UWG προβλέπει ότι η αναγγελία εκποιήσεως επιτρέπεται μόνο μετά από έγκριση της κατά τον τόπο της εκποιήσεως αρμόδιας Bezirksverwaltungsbehörde. Το άρθρο 33a, παράγραφος 1, του UWG ορίζει το τι νοείται ως «αναγγελία εκποιήσεως». Στη διάταξη αυτή περιλαμβάνονται φράσεις οι οποίες χρησιμοποιούνται, κατά κανόνα, σε δημοσιοποιήσεις αυτού του είδους. Ωστόσο, όπως προκύπτει από τις παρατηρήσεις της Αυστριακής Κυβερνήσεως⁵² και της Schutzverband⁵³, δεν υπάγονται όλες οι αναγγελίες στο καθεστώς υποχρεωτικής λήψης εγκρίσεως. Εξαιρούνται, λοιπόν, οι δημοσιοποιήσεις και οι ανακοινώσεις που προβλέπονται στο άρθρο 33a, παράγραφος 3, του UWG και αφορούν την περίοδο εκπτώσεων, προσφορές λόγω τέλους εποχής ή λόγω απογραφής και ανάλογες προσφορές στον σχετικό εμπορικό κλάδο, καθώς και συνήθεις ειδικές προσφορές συγκεκριμένων εποχών.

76. Κατά το άρθρο 33b, σημείο 4, το αίτημα για τη λήψη εγκρίσεως πρέπει να περιέχει τους λόγους για τους οποίους πρέπει να πραγματοποιηθεί η εκποίηση, όπως θάνατος του ιδιοκτήτη του εμπορικού καταστήματος, αναστολή των εμπορικών εργασιών ή μεταβίβαση συγκεκριμένης κατηγορίας προϊόντων, μετακόμιση του καταστήματος, συνδρομή έκτακτων περιστάσεων κ.λπ.

77. Το άρθρο 33c, παράγραφος 3, ορίζει ότι η έγκριση δεν χορηγείται, αν δεν συντρέχει κάποιος από τους ανωτέρω λόγους ή αν η πώληση δεν πρέπει να αναγγελθεί για τόσο ευρεία χρονική περίοδο. Επίσης, η έγκριση δεν χορηγείται όταν η πώληση συμπίπτει με την περίοδο δύο εβδομάδων πριν από το Πάσχα και μέχρι την Πεντηκοστή, καθώς και από τις 15 Νοεμβρίου μέχρι τα Χριστούγεννα ή διαρκεί περισσότερο από μισό έτος, εξαιρουμένων των περιπτώσεων θανάτου του ιδιοκτήτη της επιχείσεως ή συνδρομής έκτακτων περιστάσεων και άλλων περιπτώσεων οι οποίες χρήζουν αντίστοιχα ιδιαίτερης μεταχειρίσεως. Αν η επιχείρηση δεν έχει συμπληρώσει τρία έτη λειτουργίας, η έγκριση μπορεί να χορηγηθεί μόνο στις περιπτώσεις θανάτου του επιχειρηματία ή συνδρομής έκτακτων περιστάσεων και σε άλλες περιπτώσεις οι οποίες χρήζουν αντίστοιχα ιδιαίτερης μεταχειρίσεως.

γ) Ο συμβατός χαρακτήρας των ουσιαστικών κανόνων με την οδηγία 2005/29

i) Επιβολή γενικών απαγορεύσεων

78. Από τη σύγκριση της ρυθμιστικής δομής των δύο νομοθετημάτων προκύπτει, καταρχάς, ότι ο UWG απαριθμεί πολυάριθμες γενικές απαγορεύσεις οι οποίες δεν υφίστανται αντίστοιχα στην οδηγία 2005/29.

79. Τούτο διαπιστώνεται εάν οι σχετικές εθνικές ρυθμίσεις εξετασθούν συνδυαστικά. Συναφώς, η διάταξη του άρθρου 33b του UWG, η οποία θεσπίζει την υποχρέωση λήψης εγκρίσεως για την αναγγελία εκποιήσεως, πρέπει να ερμηνευθεί σε συνδυασμό με το άρθρο 33c, παράγραφος 3, του UWG. Ο απαγορευτικός χαρακτήρας απορρέει από τη νομοθετική επιταγή του άρθρου 33c, παράγραφος 3, του UWG που επιβάλλει στις διοικητικές αρχές να μην χορηγούν έγκριση, εάν η πώληση διαθέτει τα χαρακτηριστικά στοιχεία τα οποία περιγράφονται ειδικότερα στην εν λόγω διάταξη. Κατά συνέπεια, δεν πρέπει να χορηγείται έγκριση όταν η πώληση δεν αναγγέλλεται για συνεχή χρονική περίοδο ή πρόκειται να πραγματοποιηθεί σε συγκεκριμένες περιόδους του έτους (ενόψει θρησκευτικών εορτών, όπως το Πάσχα, η Πεντηκοστή, και τα Χριστούγεννα) ή όταν ο εμπορευόμενος δεν έχει συμπληρώσει κατ' ελάχιστον τρία έτη ασκήσεως της δραστηριότητάς

52 — Βλ. σημείο 2 του υπομνήματος της Αυστριακής Κυβερνήσεως.

53 — Βλ. σημεία 4 επ. του υπομνήματος της Schutzverband.

του⁵⁴. Τα κριτήρια τα οποία προβλέπονται σε αυτήν τη νομοθετική διάταξη δεν περιλαμβάνονται ούτε στον κατάλογο αθέμιτων εμπορικών πρακτικών του παραρτήματος I, της οδηγίας 2005/29 ούτε έχουν σχέση με τον συγκεκριμένο παραπλανητικό, επιθετικό ή κατά άλλον τρόπο αθέμιτο χαρακτήρα αυτής της εμπορικής πρακτικής, όπως προκύπτει από τις επισημάνσεις του αιτούντος δικαστηρίου⁵⁵.

80. Σύμφωνα με την κοινή πείρα, η ρύθμιση αυτή πρέπει να θεωρηθεί ως γενική απαγόρευση συγκεκριμένων εμπορικών πρακτικών, καθόσον ο εμπορευόμενος μπορεί να λάβει την έγκριση μόνον εάν συντρέχουν ειδικοί λόγοι. Οι λόγοι αυτοί είτε είναι πολύ περιοριστικοί («θάνατος του ιδιοκτήτη της επιχείρησης») είτε περιγράφονται υπό μορφή γενικής ρήτρας («συνδρομή έκτακτων περιστάσεων», «άλλες περιπτώσεις οι οποίες χρήζουν αντίστοιχα ιδιαίτερης μεταχείρισης») και ως εκ τούτου, δεν καθίσταται πρόδηλο για τους ιδιώτες σε ποιες περιπτώσεις μπορεί να χορηγηθεί, κατ' εξαίρεση, έγκριση. Συναφώς, τα κράτη μέλη οφείλουν, όπως έχει επισημάνει επανειλημμένως το Δικαστήριο, προκειμένου να διασφαλίζουν την πλήρη εφαρμογή του δικαίου της Ένωσης, να προσαρμόσουν προς το δίκαιο της Ένωσης όχι μόνον το δίκαιό τους, αλλά και να δημιουργήσουν περαιτέρω μια τόσο ακριβή, σαφή και διαφανή κατάσταση, ώστε να καθίσταται δυνατόν για τον ιδιώτη να γνωρίζει πλήρως τα δικαιώματά του και να τα προβάλλει ενώπιον των εθνικών δικαστηρίων⁵⁶. Στο πλαίσιο αυτό πρέπει να υπομνησθεί ότι η αύξηση της νομικής βεβαιότητας και για τους καταναλωτές και για τις επιχειρήσεις ήταν ένας από τους σκοπούς οι οποίοι επιδιώκονταν με την έκδοση της οδηγίας, όπως προκύπτει από τη δωδέκατη αιτιολογική σκέψη. Τόσο οι καταναλωτές όσο και οι επιχειρήσεις έπρεπε να μπορούν να βασίζονται σε ενιαίο ρυθμιστικό πλαίσιο βασιζόμενο, με τη σειρά του, σε σαφώς καθορισμένες νομικές έννοιες που θα ρυθμίζουν όλες τις πτυχές των αθέμιτων εμπορικών πρακτικών σε όλη την Ευρωπαϊκή Ένωση. Κατ' αυτόν τον τρόπο, θα εξαλείφονταν τα εμπόδια που δημιουργούνται από τον κατακερματισμό των εθνικών κανόνων για τις αθέμιτες εμπορικές πρακτικές. Η επίμαχη ρύθμιση όμως δεν λαμβάνει υπόψη επαρκώς αυτούς τους σκοπούς, όπως ορθώς επισημαίνει η Επιτροπή⁵⁷.

81. Η έλλειψη νομικής βεβαιότητας λειτουργεί σε βάρος του καταναλωτή, αλλά κυρίως σε βάρος του εμπορευόμενου. Συγκεκριμένα, εάν η διοικητική αρχή αρνηθεί να χορηγήσει την αιτούμενη έγκριση εφαρμόζοντας τον επίμαχο κανόνα των εξαιρέσεων, ο εμπορευόμενος δεν μπορεί να αναγγείλει εκποίηση χωρίς να παραβεί τον νόμο και να διατρέξει τον κίνδυνο επιβολής χρηματικής ποινής. Από τη δική του σκοπιά, λοιπόν, η ρύθμιση αυτή συνιστά γενική απαγόρευση των αναγγελιών εκποίησης που προσδιορίζονται εννοιολογικώς στο άρθρο 33α, παράγραφος 1, του UWG.

82. Βάσει των ανωτέρω σκέψεων, η ρύθμιση του άρθρου 33c, παράγραφος 3, του UWG δεν αφορά τις περιπτώσεις οι οποίες υπερβαίνουν τις εμπορικές πρακτικές που κρίνονται αθέμιτες υπό οποιεσδήποτε συνθήκες κατά το παράρτημα I της οδηγίας 2005/29. Τούτο διαπιστώνεται για παράδειγμα, εξετάζοντας απλώς την οικονομία του UWG, καθόσον ο αυστριακός νομοθέτης ενσωμάτωσε μεν τον κατάλογο του παραρτήματος I σχεδόν κατά λέξη στον UWG, αλλά συγχρόνως διατήρησε την προγενέστερη ρύθμιση του άρθρου 33c, παράγραφος 3, του UWG. Συνεπώς, υφίστανται πλέον παράλληλα αμφότερες οι ρυθμίσεις, αν και δεν είναι συμβατές μεταξύ τους, από νομοτεχνικής απόψεως. Αυτό έχει ως αποτέλεσμα να διευρύνονται μονομερώς οι περιπτώσεις που απαριθμούνται αποκλειστικώς στον κατάλογο του παραρτήματος I της οδηγίας 2005/29 και, ως εκ τούτου, η εθνική ρύθμιση πρέπει να θεωρηθεί ότι αντιβαίνει στις διατάξεις της οδηγίας.

54 — Βλ. Seidelberg, H., «Überblick über das aktuelle Ausverkaufsrecht», *Recht und Wettbewerb*, αριθ. 162, 2003, σ. 2, ο οποίος, εξετάζοντας την εν λόγω ρύθμιση που υφίστατο πριν από τη μεταφορά της οδηγίας 2005/29 στην αυστριακή έννομη τάξη, αναφέρεται σε «εκ του νόμου προθεσμίες αποκλεισμού» των αναγγελιών εκποίησης. Ο χαρακτηρισμός αυτός στηρίζεται προφανώς στην άποψη ότι η επίμαχη ρύθμιση συνιστά καταρχήν απαγόρευση.

55 — Βλ. σημείο 5 της αποφάσεως περί παραπομπής.

56 — Βλ., συναφώς, σε σχέση με την οδηγία, αποφάσεις της 28ης Φεβρουαρίου 1991, C-360/87, Επιτροπή κατά Ιταλίας (Συλλογή 1991, σ. I-791, σκέψη 12), και της 15ης Ιουνίου 1995, C-220/94, Επιτροπή κατά Λουξεμβούργου (Συλλογή 1995, σ. I-1589, σκέψη 10). Βλ., περαιτέρω, αποφάσεις της 18ης Ιανουαρίου 2001, C-162/99, Επιτροπή κατά Ιταλίας (Συλλογή 2001, σ. I-541, σκέψεις 22 έως 25), και της 6ης Μαρτίου 2003, C-478/01, Επιτροπή κατά Λουξεμβούργου (Συλλογή 2003, σ. I-2351, σκέψη 20). Βλ., περαιτέρω, σχετικά με την απαίτηση για σύμφωνη με το δίκαιο της Ένωσης μεταφορά των οδηγιών στις εθνικές έννομες τάξεις, Schweitzer, M./Hummer, W./Obwexer W., *Europarecht*, Βιέννη 2007, σ. 73, σκέψη 268.

57 — Βλ. σημείο 45 του υπομνήματος της Επιτροπής.

ii) Η αναγκαία συνδρομή λόγων για την αναγγελία εκποίησης

83. Περαιτέρω, επιβάλλεται η διαπίστωση ότι στον UWG η χορήγηση της εγκρίσεως εξαρτάται από το αν συντρέχουν συγκεκριμένες προϋποθέσεις. Κατά το άρθρο 33b, σημείο 4, του UWG, η δήλωση των «λόγων» για τους οποίους πρέπει να πραγματοποιηθεί η εκποίηση συνιστά ουσιώδη τυπική προϋπόθεση, προκειμένου να αποφανθεί η αρμόδια αρχή επί της σχετικής αιτήσεως. Η εν λόγω διάταξη απαριθμεί ορισμένους λόγους που δικαιολογούν τη χορήγηση εγκρίσεως. Από το γράμμα της («κ.λπ.») όμως μπορεί να συναχθεί το συμπέρασμα ότι η απαρίθμηση αυτή δεν είναι εξαντλητική, παρέχοντας προφανώς την ευχέρεια στις διοικητικές αρχές να λαμβάνουν υπόψη και άλλους λόγους⁵⁸.

84. Καθαυτή η υποχρέωση παραθέσεως λόγων ως τυπική προϋπόθεση δεν εγείρει αμφιβολίες σχετικά με το αν συνάδει με την οδηγία 2005/29, καθόσον διευκολύνει απλώς την ενημέρωση της διοικητικής αρχής για την επικείμενη αναγγελία εκποίησης. Συνεπώς, συνιστά διαδικαστική υποχρέωση, ώστε να ενημερωθούν οι αρχές εξαρχής για τα δεδομένα της συγκεκριμένης περιπτώσεως και να μπορέσουν να λάβουν απόφαση επί της υποθέσεως. Κατ' αυτόν τον τρόπο, δηλαδή, καθίσταται δυνατός εν γένει ο ex-ante έλεγχος της σχετικής εμπορικής πρακτικής από τις αρχές.

85. Ωστόσο, από απόψεως ουσιαστικού δικαίου, οι ενδεικτικοί «λόγοι» που παρατίθενται στον νόμο είναι σημαντικοί, διότι συνιστούν κριτήρια βάσει των οποίων οι αρχές μπορούν να συνάγουν τον ενδεχομένως αθέμιτο χαρακτήρα της αναγγελίας. Εάν υφίστανται στη συγκεκριμένη περίπτωση, πρέπει να χορηγηθεί η έγκριση. Ασφαλώς, τα εν λόγω κριτήρια δεν αντιστοιχούν ακριβώς στις εμπορικές πρακτικές που απαριθμούνται στο παράρτημα I της οδηγίας, αλλά δεν μπορεί να αποκλεισθεί ο συσχετισμός τους με τα κριτήρια των σημείων 7 και 15 του υπομνήματος και το ενδεχόμενο αυτό χρήζει χωριστής εξετάσεως.

– Αναγγελία αναστολής των εμπορικών εργασιών και μετακόμισης του καταστήματος

86. Κατά το σημείο 15 του παραρτήματος I της οδηγίας, ο «ισχυρισμός ότι ο εμπορευόμενος πρόκειται να σταματήσει τη δραστηριότητά του ή να μετακομίσει, ενώ αυτό δεν ισχύει» συνιστά εμπορική πρακτική η οποία είναι αθέμιτη υπό οποιεσδήποτε συνθήκες. Το άρθρο 33b, σημείο 4, του UWG μεταφέρει αυτόν τον κανόνα στο εθνικό δίκαιο προβλέποντας ότι ο αιτών μπορεί να προβάλει ως λόγο της επικείμενης αναγγελίας εκποίησης, μεταξύ άλλων, την αναστολή των εμπορικών εργασιών ή τη μετακόμιση του καταστήματός του. Κατά την εξέταση της αιτήσεώς του, η διοικητική αρχή είναι αρμόδια να ελέγξει την ακρίβεια αυτής της δηλώσεως και εν ανάγκη να αρνηθεί τη χορήγηση της εγκρίσεως, εάν οι προβαλλόμενοι λόγοι δεν επαληθεύονται από τα γεγονότα. Η αρμοδιότητα της αρχής να διενεργεί έλεγχο επί της ουσίας καθίσταται αναγκαία, καθόσον ο αυστριακός νομοθέτης μετέφερε σχεδόν κατά λέξη την περίπτωση του σημείου 15 του παραρτήματος στον UWG. Υπό αυτές τις συνθήκες, είναι προφανές ότι εξασφαλίζεται η ορθή μεταφορά των διατάξεων της οδηγίας στην εσωτερική έννομη τάξη. Συνεπώς, δεν υφίστανται αμφιβολίες σχετικά με το αν συνάδει η ανωτέρω εθνική ρύθμιση με την οδηγία 2005/29.

– Λοιποί λόγοι που προβλέπονται στο άρθρο 33b, σημείο 4, του UWG

87. Όσον αφορά τα λοιπά κριτήρια που προβλέπονται στο άρθρο 33b, σημείο 4, του UWG («αποβίωση του ιδιοκτήτη του εμπορικού καταστήματος», «μεταβίβαση συγκεκριμένης κατηγορίας προϊόντων», «συνδρομή έκτακτων περιστάσεων κ.λπ.») επιβάλλεται η διαπίστωση ότι από νομοτεχνικής απόψεως πρόκειται για εξαιρετικές περιστάσεις, η συνδρομή των οποίων επιτρέπει κατ'

58 — Βλ. Duursma, D., σε: *UWG – Kommentar*, όπ.π. (υποσημείωση 25), άρθρο 33b, σημείο 3, σ. 1191, ο οποίος επισημαίνει ότι, πέραν των ρητώς αναφερομένων λόγων εγκρίσεως, μπορούν να ληφθούν υπόψη ως τέτοιοι λόγοι μόνον περιστάσεις παρόμοιες με εκείνες που παρατίθενται στο άρθρο 33b, σημείο 4, του UWG, οι οποίες εξασφαλίζουν στον αιτούντα ένα παρεκκλίνον ειδικό καθεστώς έναντι των ανταγωνιστών του. Αντιθέτως, περιστάσεις παρόμοιες για όλους τους ανταγωνιζόμενους, ακόμη και αν πρόκειται για γεγονότα που ενέχουν το στοιχείο της «ανωτέρας βίας», δεν μπορούν να δικαιολογήσουν τη χορήγηση εγκρίσεως για την αναγγελία εκποίησης σε μεμονωμένο αιτούντα.

εξαίρεση την αναγγελία εκποιήσεως. Η επίμαχη, εν προκειμένω, εθνική ρύθμιση δεν αφορά, λοιπόν, απλώς τη διαδικαστική διαμόρφωση της επιφυλάξεως διενέργειας διοικητικού ελέγχου ex-ante, αλλά συνιστά πραγματική γενική απαγόρευση ουσιαστικού δικαίου από την οποία επιτρέπεται παρέκκλιση μόνο σε επακριβώς καθορισμένες περιπτώσεις. Τέτοια νομική κατασκευή, όμως, η οποία απαγορεύει καταρχήν συγκεκριμένη εμπορική πράξη και την επιτρέπει μόνον κατ' εξαίρεση αντιβαίνει –όπως έχω αναλύσει ήδη στις προτάσεις μου στις υποθέσεις C-261/07 (VTB-VAB) και C-299/07 (Galatea)⁵⁹, καθώς και στην υπόθεση C-540/08 (Mediaprint)⁶⁰ –τόσο στη ρυθμιστική δομή όσο και στον φιλελεύθερο προσανατολισμό της οδηγίας 2005/29. Τούτο επιβεβαίωσε και το Δικαστήριο στις σχετικές αποφάσεις του⁶¹.

88. Συγκεκριμένα, η οδηγία, αντιθέτως προς την επίμαχη εν προκειμένω εθνική ρύθμιση, θεωρεί θεμιτές τις εμπορικές πρακτικές, εφόσον δεν συντρέχουν οι λεπτομερώς καθοριζόμενες προϋποθέσεις απαγορεύσεως. Αυτή η ουσιώδης διαφορά στη ρυθμιστική δομή⁶² δεν αντισταθμίζεται, για παράδειγμα, από το ότι το άρθρο 33b, σημείο 4, του UWG προβλέπει ορισμένες τυποποιημένες εξαιρέσεις, οι οποίες μάλιστα υπό συγκεκριμένες συνθήκες θα μπορούσαν να διευρυνθούν στο πλαίσιο της διοικητικής πρακτικής, καθόσον οι εξαιρέσεις των καταρχήν απαγορεύσεων, όπως οι επίμαχες εν προκειμένω, δεν είναι κατάλληλες να καλύψουν όλες τις περιπτώσεις στις οποίες πρέπει να γίνει δεκτό ότι επιτρέπεται η άσκηση συγκεκριμένης εμπορικής πρακτικής βάσει των διατάξεων της οδηγίας 2005/29, διότι δεν καθιστούν δυνατή την εξατομικευμένη εκτίμηση εκ μέρους των αρμόδιων εθνικών δικαστηρίων και αρχών.

89. Αυτή η φιλελεύθερη προσέγγιση, την οποία εκφράζει η οδηγία, ανάγεται στη συγκεκριμένη νομοθετική σκοπιμότητα να διασφαλισθεί η υλοποίηση του σκοπού του νομοθέτη της Ένωσης, ο οποίος κατοχυρώνεται στην τέταρτη και στην πέμπτη αιτιολογική σκέψη, καθώς και στο άρθρο 1 της οδηγίας, να άρει, με τη βοήθεια ενιαίων κανόνων σε κοινοτικό επίπεδο, τα εμπόδια στην ελεύθερη κυκλοφορία υπηρεσιών και αγαθών διά μέσου των συνόρων, ή στην ελευθερία εγκατάστασης, τα προκύπτοντα από τους πολλαπλούς εθνικούς κανόνες για τις αθέμιτες εμπορικές πρακτικές, στον βαθμό που αυτό είναι αναγκαίο για την ορθή λειτουργία της εσωτερικής αγοράς και για τη διασφάλιση υψηλού επιπέδου προστασίας των καταναλωτών.

90. Κατόπιν όλων των ανωτέρω σκέψεων, επιβάλλεται η διαπίστωση ότι η ρύθμιση του άρθρου 33b, σημείο 4, του UWG υπερβαίνει τις επιταγές της οδηγίας 2005/29, καθόσον θεσπίζει κριτήρια τα οποία μπορούν να καλύπτουν, μεταξύ άλλων, και αναγγελίες εκποιήσεων που ενδέχεται να μην συνιστούν αθέμιτες εμπορικές πρακτικές.

δ) Ενδιάμεσο συμπέρασμα

91. Εθνική ρύθμιση, όπως η επίμαχη, η οποία απαγορεύει καταρχήν τις αναγγελίες εκποιήσεως και τις επιτρέπει μόνο σε συγκεκριμένες εξαιρετικές περιπτώσεις, χωρίς να προβλέπει τη δυνατότητα να εξετασθούν δεόντως όλες οι περιστάσεις της κάθε συγκεκριμένης περιπτώσεως, είναι πιο περιοριστική και πιο αυστηρή από τις ρυθμίσεις της οδηγίας 2005/29.

59 — Βλ. τις προτάσεις μου της 21ης Οκτωβρίου 2008 στις υποθέσεις VTB-VAB και Galatea (απόφαση προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 7, σημεία 84 έως 89).

60 — Βλ. τις προτάσεις μου στην υπόθεση Mediaprint (απόφαση προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 10, σημείο 76).

61 — Αποφάσεις VTB-VAB (προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 7, σκέψεις 64 και 65) και Mediaprint (προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 10, σκέψεις 39 και 40).

62 — Βλ. Wiebe, A., «Umsetzung der Geschäftspraktikenrichtlinie und Perspektiven für eine UWG-Reform», *Juristische Blätter*, 2/2007, σ. 79, ο οποίος συνάγει το συμπέρασμα ότι η οδηγία 2005/29 έχει άλλη συστηματική δομή από τον ισχύοντα UWG. Κατά την άποψή του, ο αυστριακός νομοθέτης δεν μπορεί να αγνοήσει αυτήν τη διαφορετική δομή κατά τη μεταφορά της οδηγίας στην εσωτερική έννομη τάξη. Θα πρέπει να ληφθεί υπόψη το καθήκον μεταφοράς της οδηγίας και να εξετασθούν τα πολυσύνθετα ζητήματα τα οποία τίθενται για τον νομοθέτη λόγω του περιορισμένου πεδίου εφαρμογής, του περιεχομένου και της δομής της οδηγίας. Κατά τον συγγραφέα, αυτά δεν επιλύονται με ορισμένες προσθήκες, αλλά απαιτείται ευρύτερη διαρθρωτική τροποποίηση. Η άσκηση πίεσως προς μια πιο φιλελεύθερη κατεύθυνση σε ευρωπαϊκό επίπεδο, την οποία έχει αντιληφθεί ήδη και το Oberster Gerichtshof, μπορεί να χρησιμοποιηθεί από τον νομοθέτη για μια ευρύτερη τροποποίηση, το αποτέλεσμα της οποίας δεν θα πληροί μόνον τις προϋποθέσεις της σαφήνειας του δικαίου και της διαφάνειας, αλλά θα έχει και μόνιμη διάρκεια.

92. Συναφώς, διαπιστώνεται ότι η ρύθμιση των άρθρων 33a επ. του UWG αφορά τομέα που υπόκειται σε πλήρη εναρμόνιση και ως προς αυτόν δεν ισχύουν οι μεταβατικές ρυθμίσεις του άρθρου 3, παράγραφος 5, της οδηγίας.

93. Επίσης, καμία από τις εξαιρέσεις που προβλέπονται ρητώς στην οδηγία 2005/29 δεν είναι κρίσιμη εν προκειμένω. Επομένως, δεν είναι πειστικό, για παράδειγμα, το επιχείρημα τόσο της Αυστριακής Κυβερνήσεως όσο και της Schutzverband ότι η επίμαχη εθνική ρύθμιση εμπίπτει σε έναν εκ των τομέων που αναφέρονται στην ένατη αιτιολογική σκέψη της οδηγίας («όροι εγκατάστασης και καθεστώτα αδειών»). Σε κάθε περίπτωση, από απόψεως μεθοδολογίας του δικαίου, δεν μπορεί να αποδοθεί στην εν λόγω αιτιολογική σκέψη καμία νομική σημασία η οποία να παρεκκλίνει από τη διάταξη του άρθρου 3, παράγραφος 8, καθόσον η τελευταία ενσωματώνει το βασικό περιεχόμενο αυτής της αιτιολογικής σκέψεως στο ουσιαστικό τμήμα της οδηγίας και αποσαφηνίζει τον πραγματικό ρυθμιστικό σκοπό του συντάκτη της οδηγίας. Διαπιστώθηκε ήδη ότι αυτή η εξαιρετική διάταξη δεν μπορεί να τύχει εφαρμογής στην περίπτωση της κύριας δίκης⁶³. Αντιθέτως προς την άποψη που υποστήριξε η Αυστριακή Κυβέρνηση κατά την επ' ακροατηρίου συζήτηση, κράτος μέλος δεν μπορεί να επικαλεσθεί ούτε κατά προσέγγιση την απαγόρευση που προβλέπει το σημείο 4, του παραρτήματος I, της οδηγίας, προκειμένου να θέσει εν γένει τις εμπορικές πρακτικές υπό την επιφύλαξη διοικητικής αδείας, όπως στην περίπτωση της κύριας δίκης. Τουναντίον, οι εθνικές ρυθμίσεις πρέπει να τηρούν διαρκώς και απολύτως τις επιταγές της οδηγίας. Παρεμπιπτόντως, πρέπει να επισημανθεί ότι η εν λόγω απαγόρευση αφορά διαφορετικές περιπτώσεις από αυτές που προέβαλε η Αυστριακή Κυβέρνηση και συγκεκριμένα, τη διαδικασία με την οποία δημόσιος ή ιδιωτικός φορέας αναγνωρίζει την ποιότητα του εμπορευομένου (παραδείγματος χάρη, το κύρος ή την ικανότητα ασκήσεως του επαγγέλματος) ή των προϊόντων του (παραδείγματος χάρη, σήμα ποιότητας, πιστοποιητικά ασφάλειας). Η απαγόρευση αυτή επιδιώκει, σύμφωνα με τον ρυθμιστικό σκοπό της, να προστατεύσει τον καταναλωτή από ανακριβείς και ως εκ τούτου παραπλανητικούς ισχυρισμούς του εμπορευομένου ότι ο ίδιος ή το προϊόν που προσφέρει έχει λάβει τέτοια αναγνώριση⁶⁴. Η Αυστριακή Κυβέρνηση δεν απέδειξε με τις προφορικές παρατηρήσεις που ανέπτυξε ότι η διαδικασία χορήγησης εγκρίσεως κατά τις διατάξεις του UWG επεδίωκε αυτόν τον σκοπό.

94. Κατά συνέπεια, η αυστριακή ρύθμιση των άρθρων 33a επ. του UWG που αφορά την αναγγελία εκποιήσεων, στη συγκεκριμένη διαμόρφωσή της ως γενική απαγόρευση με επιφύλαξη αδείας, διευρύνει εν τέλει τον αποκλειστικό κατάλογο απαγορευόμενων εμπορικών πρακτικών ο οποίος περιέχεται στο παράρτημα I της οδηγίας, αλλά αυτό απαγορεύεται στα κράτη μέλη ενόψει της πλήρους και μέγιστης εναρμονίσεως που επιδιώκεται με την οδηγία 2005/29. Οι μονομερείς διευρύνσεις του ανωτέρω καταλόγου από τα κράτη μέλη απαγορεύονται, δεδομένου ότι αυτός μπορεί να τροποποιηθεί μόνο με αναθεώρηση της ίδιας της οδηγίας, όπως προβλέπει το άρθρο 5, παράγραφος 5.

95. Από τις ως άνω σκέψεις συνάγεται το συμπέρασμα ότι εθνική ρύθμιση όπως η επίμαχη, εν προκειμένω, δεν συνάδει με τις ουσιαστικού δικαίου διατάξεις της οδηγίας 2005/29⁶⁵.

63 — Βλ. σημείο 41 των παρούσων προτάσεων.

64 — Βλ. Büllesbach, E., *Auslegung der irreführenden Geschäftspraktiken des Anhangs I der Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken*, Μόναχο, 2008, σ. 53 επ.

65 — Βλ. Schuhmacher, W., «Das Ende der österreichischen per-se-Verbote von Geschäftspraktiken gegenüber Verbrauchern», *Wirtschaftsrechtliche Blätter*, 2010, αριθ. 12, σ. 615 επ., ο οποίος υποστηρίζει ότι οι διατάξεις των άρθρων 33a επ. του UWG περιέχουν ευρεία per se απαγόρευση των αναγγελιών που προβλέπουν. Δεδομένου ότι το άρθρο 33b του UWG απαγορεύει ακόμη και την αληθή δημόσια αναγγελία πραγματικής εκποιήσεως χωρίς προηγούμενη έγκριση, υπερβαίνει τις σχετικές διατάξεις του παραρτήματος του UWG και ως εκ τούτου δεν μπορεί να εφαρμοσθεί. Ο συγγραφέας συνάγει το συμπέρασμα ότι κατ' αυτόν τον τρόπο η υποχρέωση λήψης εγκρίσεως έχει καταστεί συνολικά ανίσχυρη.

4. Συνοπτικά συμπεράσματα

96. Από την ανωτέρω εξέταση προέκυψε ότι η οδηγία 2005/29 δεν απαγορεύει εθνική ρύθμιση, όπως η επίμαχη εν προκειμένω, η οποία απονέμει στις διοικητικές αρχές την αρμοδιότητα ελέγχου του αθέμιτου χαρακτήρα των εμπορικών πρακτικών –στη συγκεκριμένη περίπτωση, της αναγγελίας εκπονήσεως⁶⁶.

97. Επίσης, η οδηγία δεν απαγορεύει ρύθμιση η οποία επιβάλλει στον εμπορευόμενο την υποχρέωση ex-ante διοικητικής εγκρίσεως, πριν από την άσκηση συγκεκριμένων εμπορικών πρακτικών ως προς τις οποίες υφίσταται υπόνοια ότι μπορεί να είναι αθέμιτες. Εντούτοις, αυτή η δικονομική κατασκευή πρέπει να δικαιολογείται από ιδιαίτερες περιστάσεις. Πρέπει να έχει ως σκοπό να επιτρέπει στις διοικητικές αρχές τη διενέργεια ex-ante ελέγχου σε περιπτώσεις στις οποίες ενδέχεται να προκύψουν στρεβλώσεις του ανταγωνισμού, οι οποίες δεν μπορούν να εξαλειφθούν εκ των υστέρων⁶⁷.

98. Η οδηγία δεν απαγορεύει καταρχήν εθνικές νομοθετικές διατάξεις που προβλέπουν κυρώσεις για παραβιάσεις της εκ του νόμου υποχρεώσεως προηγούμενης εγκρίσεως⁶⁸.

99. Επίσης, βάσει της οδηγίας, τα κράτη μέλη μπορούν να προβλέπουν κατά κανόνα ότι οι αρμόδιες αρχές και τα δικαστήρια οφείλουν να ελέγχουν μόνον την τήρηση της υποχρεώσεως προηγούμενης εγκρίσεως, χωρίς να υποβάλλουν σε εκτίμηση τον θεμιτό χαρακτήρα της σχετικής εμπορικής πρακτικής⁶⁹. Τούτο όμως δεν πρέπει να έχει ως αποτέλεσμα την επιβολή οριστικής απαγορεύσεως στον εμπορευόμενο όσον αφορά την άσκηση θεμιτής εμπορικής πρακτικής. Αντιθέτως, ο εμπορευόμενος πρέπει να έχει τη δυνατότητα να ζητήσει από τις αρμόδιες αρχές και τα δικαστήρια να αποφανθούν επί της ουσίας της υποθέσεως βάσει του παραρτήματος I, καθώς και των κριτηρίων που προβλέπουν τα άρθρα 5 έως 9 της οδηγίας 2005/29⁷⁰. Στο αιτούν δικαστήριο, το οποίο έχει άμεση γνώση των κατά τόπο δεδομένων και είναι αποκλειστικώς αρμόδιο να ερμηνεύει το εθνικό δίκαιο, απόκειται να διαπιστώσει αν το εθνικό δικονομικό δίκαιο προβλέπει επαρκείς εγγυήσεις προς εξασφάλιση αυτής της δυνατότητας⁷¹. Για να ληφθούν υπόψη οι επιταγές της οδηγίας πρέπει να εξασφαλισθεί ότι ο θεμιτός χαρακτήρας της επίμαχης εμπορικής πρακτικής δύναται να εκτιμηθεί είτε στο πλαίσιο της σχετικής διαδικασίας είτε σε μεταγενέστερο στάδιο.

100. Τουναντίον, η οδηγία 2005/29 αποκλείει εθνικές διατάξεις ουσιαστικού δικαίου όπως οι επίμαχες, εν προκειμένω, οι οποίες απαγορεύουν εν γένει την αναγγελία εκπονήσεων και την επιτρέπουν μόνο σε συγκεκριμένες εξαιρετικές περιπτώσεις⁷².

VII – Συμπέρασμα

101. Κατόπιν των ανωτέρω εκτιμήσεων, προτείνω στο Δικαστήριο να απαντήσει στο προδικαστικό ερώτημα του Oberster Gerichtshof ως εξής:

Το άρθρο 3, παράγραφος 1, και το άρθρο 5, παράγραφος 5, της οδηγίας 2005/29/EK του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 11ης Μαΐου 2005, για τις αθέμιτες εμπορικές πρακτικές των επιχειρήσεων προς τους καταναλωτές στην εσωτερική αγορά και για την τροποποίηση της οδηγίας 84/450/ΕΟΚ του Συμβουλίου, των οδηγιών 97/7/EK, 98/27/EK, 2002/65/EK του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, και του κανονισμού (ΕΚ) 2006/2004 του Ευρωπαϊκού

66 — Βλ. σημείο 44 των παρούσων προτάσεων.

67 — Όπ.π., σημείο 51.

68 — Όπ.π., σημείο 55.

69 — Όπ.π., σημεία 53 και 61.

70 — Όπ.π., σημεία 53 επ. και 63 επ.

71 — Όπ.π., σημείο 68.

72 — Όπ.π., σημείο 95.

Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου (οδηγία για τις αθέμιτες εμπορικές πρακτικές) δεν αποκλείουν, καταρχήν, δικονομική ρύθμιση του εθνικού δικαίου, όπως η επίμαχη στην κύρια δίκη, κατά την οποία η αναγγελία εκποίησης δεν επιτρέπεται χωρίς έγκριση της αρμόδιας διοικητικής αρχής και επομένως πρέπει να απαγορεύεται στο πλαίσιο δικαστικής διαδικασίας, χωρίς να επιβάλλεται στο δικαστήριο να ελέγξει τον παραπλανητικό, επιθετικό ή κατά άλλον τρόπο αθέμιτο χαρακτήρα αυτής της εμπορικής πρακτικής, εφόσον εξασφαλίζεται ότι δεν μπορεί να απαγορευθεί οριστικώς θεμιτή εμπορική πρακτική. Ο εμπορευόμενος πρέπει να έχει τη δυνατότητα να ζητήσει εξατομικευμένη εκτίμηση του θεμιτού χαρακτήρα της σχετικής εμπορικής πρακτικής στο πλαίσιο δικαστικής ή διοικητικής διαδικασίας.

Το άρθρο 3, παράγραφος 1, και το άρθρο 5, παράγραφος 5, της οδηγίας 2005/29 αποκλείουν εθνική ρύθμιση ουσιαστικού δικαίου, όπως η επίμαχη στην κύρια δίκη, η οποία απαγορεύει καταρχήν τις αναγγελίες εκποίησης και τις επιτρέπει μόνο σε συγκεκριμένες εξαιρετικές περιπτώσεις, χωρίς να προβλέπει τη δυνατότητα να εξετασθούν δεόντως όλες οι περιστάσεις της κάθε συγκεκριμένης περίπτωσης.