



Teismo praktikos rinkinys

GENERALINIO ADVOKATO
NILS WAHL IŠVADA,
pateikta 2013 m. birželio 13 d.¹

Byla C-435/11

**CHS Tour Services GmbH
prieš
Team4 Travel GmbH**

(Oberster Gerichtshof (Austrija) pateiktas prašymaspriimti prejudicinį sprendimą)

„Direktyva 2005/29/EB — Nesąžininga komercinė veikla — Klaidinanti veikla — Pareiga laikytis profesinio atidumo reikalavimų — Bukletas, kuriame nurodytas klaidingas teiginys dėl išimtinumo“

1. Ar, jeigu paaiškėja, kad komercinė veikla klaidina vartotojus, svarbi aplinkybė, jog verslininkas padarė viską, ką galėjo, kad užkirstų tam kelią? Būtent šį klausimą siekia išsiaiškinti *Oberster Gerichtshof* (Aukščiausiasis Teismas, Austrija).

I – Teisinis pagrindas

2. Direktyvos 2005/29/EB (toliau – direktyva)² 5 straipsnyje numatyta:

„1. Nesąžininga komercinė veikla draudžiama.

2. Komercinė veikla yra nesąžininga, jeigu:

a) prieštarauja profesinio atidumo reikalavimams

ir

b) iš esmės iškreipia arba gali iš esmės iškreipti vidutinio vartotojo, kurį produktas pasiekia arba kuriam yra skirtas, arba, kai komercinė veikla nukreipta į tam tikrą vartotojų grupę, vidutinio grupės nario ekonominį elgesį siūlomo produkto atžvilgiu.

<...>

4. Visų pirma nesąžininga komercinė veikla yra ta, kuri:

a) yra klaidinanti, kaip nurodyta šios direktyvos 6 ir 7 straipsnyje [straipsniuose],

arba

1 — Originalo kalba: anglų.

2 — 2005 m. gegužės 11 d. Europos Parlamento ir Tarybos direktyva 2005/29/EB dėl nesąžiningos įmonių komercinės veiklos vartotojų atžvilgiu vidaus rinkoje ir iš dalies keičianti Tarybos direktyvą 84/450/EEB, Europos Parlamento ir Tarybos direktyvas 97/7/EB, 98/27/EB bei 2002/65/EB ir Europos Parlamento ir Tarybos reglamentą (EB) Nr. 2006/2004 (OL L 149, p. 22).

b) yra agresyvi, kaip nurodyta šios direktyvos 8 ir 9 straipsnyje [straipsniuose].

5. Tokios komercinės veiklos, kuri bet kuriomis aplinkybėmis laikoma nesąžininga, sąrašas pateikiamas I priede. Tas pats sąrašas galioja visose valstybėse narėse, ir jį galima keisti tik peržiūrint šią direktyvą.“

3. Direktyvos 6 ir 7 straipsniuose kalbama apie klaidinančią komercinę veiklą, o 8 ir 9 straipsniai susiję su agresyvia komercine veikla. 6 straipsnyje nustatyta:

„1. Klaidinančia laikoma komercinė veikla, kurioje yra apgaulingos informacijos ir dėl to ji yra neteisinga, arba kuri bet kuriuo būdu, įskaitant bendrą pristatymą, apgaulinėja arba gali apgauti vidutinį vartotoją, nors informacija ir yra faktiškai tiksli, vieno arba kelių toliau išvardintų elementų atžvilgiu, ir bet kuriuo atveju skatina arba gali paskatinti jį priimti tokį sprendimą dėl sandorio, kurio jis kitomis aplinkybėmis nebūtų priėmęs:

<...>

b) pagrindinės produkto savybės, tokios kaip prieinamumas <...>“

II – Faktinės aplinkybės, procesas ir prejudicinis klausimas

4. Prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismo nagrinėjama byla susijusi su dviem Austrijos kelionių agentūromis *CHS Tour Services GmbH* (toliau – CHS) ir *Team4 Travel GmbH* (toliau – *Team4 Travel*). CHS ir *Team4 Travel* organizuoja ir siūlo slidinėjimo kursus bei žiemos atostogas Austrijoje moksleivių grupėms iš Jungtinės Karalystės.

5. 2010 m. rugsėjo viduryje išleistame *Team4 Travel* paslaugų buklete anglų kalba tam tikri viešbučiai buvo pažymėti ženklais su žodžiu „išimtinis“. Buklete buvo nurodyta, kad žodis „išimtinis“ reiškia: „apgyvendinimą, kuris išimtinai teikiamas [*Team4 Travel*] grupėms per trumpąsias atostogas, per trumpąsias atostogas ir Velykas arba per visą žiemos sezoną“. Prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas šiuo klausimu paaiškina, kad tas žodis reiškia, jog viešbutis buvo sudaręs fiksuotą sutartį su *Team4 Travel* kad nustatytomis datomis kiti kelionių organizatoriai negalėjo siūlyti nakvynės šiame viešbutyje. Remiantis CHS pateiktomis pastabomis *Team4 Travel* kainoraštyje taip pat buvo numatyta, jog „visos pažymėtos kainos <...> reiškia, kad tai dienai visos vietos rezervuotos išimtinai [*Team4 Travel*]“.

6. Tam tikriems 2012 m. laikotarpiams, kurie nenurodyti nutartyje dėl prašymo priimti prejudicinį sprendimą, *Team4 Travel* su keliais apgyvendinimo paslaugų teikėjais buvo sudariusi sutartis dėl lovų skaičiaus. Šiose sutartyse, kurių sąlygos nenurodytos pačioje nutartyje dėl prašymo priimti prejudicinį sprendimą, buvo įtvirtinta nuostata, kad nurodytas kambarių skaičius rezervuojamas *Team4 Travel* be jokių apribojimų ir kad viešbutis negali atsisakyti šio susitarimo be aiškaus *Team4 Travel* sutikimo raštu. Rezervacija tampa neatšaukiama likus 28 dienoms iki atvykimo. Prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas nurodo, kad, siekdama užtikrinti išimtinumą, *Team4 Travel* numatė teisę atsisakyti sutarties su apgyvendinimo paslaugų teikėju ir nustatė sutartinę baudą.

7. Tačiau iš Teisingumo Teismui perduotos bylos medžiagos matyti, kad nors buvo sudarytos minėtos sutartys, CHS rezervavo atitinkamą lovų skaičių tiems patiems laikotarpiams tuose pačiuose viešbučiuose kaip ir *Team4 Travel*. Be to, prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas nurodo, kad šis lovų skaičius buvo rezervuotas po to, kai *Team4 Travel* sudarė išimtinę sutartį. Todėl apgyvendinimo paslaugų teikėjai neįvykdė sutartinių įsipareigojimų *Team4 Travel* atžvilgiu.

8. Nutartyje dėl prašymo priimti prejudicinį sprendimą nurodyta, kad apgyvendinimo paslaugų teikėjai tam tikru tiksliai nenurodytu metu pranešė *Team4 Travel*, kad kiti kelionių organizatoriai dar nebuvo rezervavę kambarių. Joje taip pat nurodyta, kad *Team4 Travel* direktorė siekė užtikrinti, jog dėl vietų trūkumo kiti kelionių organizatoriai nerastų laisvų viešbučių. Iki šios bylos nagrinėjimo pradžios ji nežinojo apie vietų rezervavimą kitiems asmenims.

9. Tačiau kadangi CHS vis dėlto taip pat sugebėjo užsakyti visas laisvas vietas viešbučiuose arba jų dalį 2012 m. vasario mėnesiui arba Velykų atostogoms, ji manė, kad teiginiai dėl išimtinumo neteisingi ir turi būti laikomi nesąžininga komercine veikla. Todėl CHS paprašė *Landesgericht Innsbruck* (Insbuko apygardos teismas, Austrija) taikyti laikinąsias apsaugos priemones ir uždrausti *Team4 Travel* tvirtinti, kad ji turi išimtinę teisę siūlyti tam tikrą apgyvendinimą tam tikrai atvykimo datai.

10. 2010 m. lapkričio 30 d. *Landesgericht Innsbruck* priėmė nutartį, pagal kurią atsisakė taikyti laikinąsias apsaugos priemones, nes, jo nuomone, teiginys dėl išimtinumo yra teisingas, atsižvelgiant į anksčiau su *Team4 Travel* sudarytas neatšaukiamas rezervavimo sutartis.

11. 2011 m. lapkričio 13 d. *Oberlandesgericht Innsbruck* (Insbuko aukštesnysis apygardos teismas, Austrija) paliko galioti pirmosios instancijos teismo sprendimą grįsdamas tuo, kad *Team4 Travel* laikėsi profesinio atidumo reikalavimų ir galėjo pagrįstai tikėtis, kad jos partneriai vykdys sutartinius įsipareigojimus.

12. Todėl CHS pateikė kasacinį skundą *Oberster Gerichtshof*.

13. Prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas mano, kad šios bylos baigtis priklauso nuo direktyvos 5 straipsnio 2 dalies teisingo aiškinimo. Jis pažymi, kad kasacinis skundas negali būti patenkintas, jeigu *Team4 Travel* gali remtis argumentu, jog nepažeidė profesinio atidumo reikalavimų. Remdamasis šia aplinkybe *Oberster Gerichtshof* Teisingumo Teismui apsvarstyti pateikia du skirtingus aiškinimus.

14. Pagal pirmąjį aiškinimą remiantis direktyvos 5 straipsnio 4 dalyje daroma nuoroda į klaidinančią arba agresyvią veiklą, kaip nurodyta 6–9 straipsniuose, reiškia, kad tokia veikla *per se* nesuderinama su profesinio atidumo reikalavimu, numatytu 5 straipsnio 2 dalyje. Šiuo požiūriu prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas pažymi, kad 6–9 straipsniuose nepaminėtas profesinio atidumo reikalavimas, numatytas 5 straipsnio 2 dalies a punkte.

15. Pagal antrąjį aiškinimą, jeigu direktyvos 5 straipsnio 2 dalies b punkte daromą nuorodą į vartotojo ekonominio elgesio iškrypimą reikėtų suprasti taip, kad ji paaiškinama pagal dar konkretesnes nuostatas, išdėstytas 6–9 straipsniuose, 5 straipsnio 2 dalies a punktas vis tiek būtų taikytinas. Todėl tam, kad veiklą būtų galima pripažinti klaidinančia pagal 6 straipsnį, *papildomai* turėtų būti pažeistas 5 straipsnio 2 dalies a punkte numatytas profesinio atidumo reikalavimas. Prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas mano, kad tokį aiškinimą patvirtina direktyvos bendra struktūra.

16. Kadangi atsižvelgiant į šias aplinkybes *Oberster Gerichtshof* kilo abejonių dėl direktyvos 5 straipsnio 2 dalies aiškinimo, jis nutarė sustabdyti bylos nagrinėjimą ir pateikti Teisingumo Teismui tokį klausimą:

„Ar [direktyvos] 5 straipsnį reikia aiškinti taip, kad klaidinančios komercinės veiklos, kaip tai suprantama pagal šios direktyvos 5 straipsnio 4 dalį, atveju neleidžiama atskirai vertinti direktyvos 5 straipsnio 2 dalies a punkte nustatytų kriterijų?“

17. Rašytines pastabas pateikė CHS, *Team4 Travel*, Vokietijos, Italijos, Vengrijos, Lenkijos, Austrijos, Švedijos bei Jungtinės Karalystės vyriausybės ir Komisija. Teismo posėdis nebuvo surengtas.

III – Analizė

18. Toliau nagrinėsiu direktyvos struktūrą, tekstą, priėmimo aplinkybes, tikslą ir visų pirma šioje byloje nurodytas nuostatas.

A – Profesinio atidumo reikalavimo ryšys su sąvoka „klaidinanti komercinė veikla“

19. Kalbant apie direktyvos struktūrą, iš Teisingumo Teismo praktikos aiškiai matyti, kad sąvoka „nesąžininga komercinė veikla“, kuri draudžiama pagal 5 straipsnio 1 dalį, skirstoma į tris kategorijas: i) veikla, kuri atitinka du 5 straipsnio 2 dalyje numatytus kumuliacinius kriterijus; ii) pagal 5 straipsnio 4 dalį – klaidinanti arba agresyvi veikla, kaip numatyta 6–9 straipsniuose; ir iii) pagal 5 straipsnio 5 dalį – direktyvos I priede nurodyta veikla (toliau – juodasis sąrašas)³. Tačiau, priešingai nei prie pirmų dviejų kategorijų priskirta veikla, į juodąjį sąrašą įtraukta veikla savaime laikoma nesąžininga, ir nebūtina atskirai įvertinti visų susijusių aplinkybių⁴.

20. Pagal direktyvos 5 straipsnio 4 dalį, atsižvelgiant į jos tekstą, detaliau išdėstyta ir paaiškinta ta struktūra. Pagal šią nuostatą komercinė veikla, kuri yra klaidinanti (6 ir 7 straipsniai) arba agresyvi (8 ir 9 straipsniai), yra „visų pirma“ nesąžininga. Žodžiai „visų pirma“ rodo ne tik tai, kad klaidinanti ir agresyvi veikla yra nesąžiningos komercinės veiklos specialūs porūšiai („aiškios kategorijos“)⁵, bet (tai dar svarbiau) ir kad ji pati savaime yra nesąžininga komercinė veikla⁶.

21. Todėl, remdamasis struktūrine ir gramatine analize, nesutinku su nuomone, kad direktyvos 6 ir 7 straipsniuose (arba 8 ir 9 straipsniuose) tiesiog pateikiami 5 straipsnio 2 dalies b punkte nurodyto vartotojų ekonominio elgesio iškraipymo konkretūs pavyzdžiai, todėl tebetaikomas 5 straipsnio 2 dalies a punktas, kaip būtų galima spręsti iš antrojo aiškinimo, kurį nurodė nacionalinis teismas.

22. Jeigu toliau nagrinėtume direktyvos priėmimo aplinkybes ir tikslą, pamatytume, kad pirma pateiktą direktyvos struktūros ir teksto analizę įtikinamai patvirtina jos parengiamieji dokumentai. Iš tiesų iš Komisijos pasiūlyme⁷ išdėstytų pastabų dėl klaidinančios ir agresyvios komercinės veiklos aiškiai matyti, kad direktyvos 5 straipsnio 2 dalies a punkte nurodytam su profesiniu atidumu susijusiam kriterijui nesuteikiamas atskiras vaidmuo. Tai akivaizdžiai prieštarauja išvadoms, kurias remdamasi tuo pačiu dokumentu daro Lenkijos vyriausybė⁸.

3 — Šiuo klausimu žr. 2009 m. balandžio 23 d. Sprendimo *VTB-VAB ir Galatea* (sujungtos bylos C-261/07 ir C-299/07, Rink. p. I-2949) 53–56 punktus; 2010 m. sausio 14 d. Sprendimo *Plus Warenhandelsgesellschaft* (C-304/08, Rink. p. I-217) 42–45 punktus ir 2010 m. lapkričio 9 d. Sprendimo *Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag* (C-540/08, Rink. p. I-10909) 31–34 punktus.

4 — Žr. direktyvos 5 straipsnio 5 dalį kartu su direktyvos 17 konstatuojamąja dalimi.

5 — Žr. Sprendimo *Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag* 33 punktą.

6 — Daugelyje direktyvos 5 straipsnio 4 dalies versijų skirtingomis kalbomis vartojami žodžiai, panašūs į „visų pirma“. Tačiau versijoje švedų kalba žodžiai „visų pirma“ netgi praleisti ir tiesiog nurodyta, kad „[a]ffärsmetoder skall anses otillbörliga om de a) är vilseledande enligt artiklarna 6 och 7, eller b) aggressiva enligt artiklarna 8 och 9“.

7 — Pasiūlymas dėl Europos Parlamento ir Tarybos direktyvos dėl nesąžiningos įmonių komercinės veiklos vartotojų atžvilgiu vidaus rinkoje ir iš dalies keičiančios direktyvas 84/450/EEB, 97/7/EB ir 98/27/EB (Nesąžiningos komercinės veiklos direktyva), KOM (2003) 356 galutinis (OL C 108, p. 81).

8 — Su pasiūlymu dėl direktyvos pateiktą aiškinamojo memorandumo 56 punkte (į kurį Lenkijos vyriausybė daro nuorodą pastabų, kuriomis grindžia savo nuomonę, 12 punkte) numatyta, kad „jeigu nustatoma, kad komercinė veikla yra „klaidinanti“ arba „agresyvi“, ji automatiškai laikoma nesąžininga ir nebūtina papildomai remtis 5 straipsnyje nurodytomis sąlygomis“. Toliau aiškinamojo memorandumo 57 punkte nurodyta, kad „klientų klaidinimas arba agresyvus elgesys su jais savaime laikomi vartotojų elgesio iškraipymu, o ne teisėta įtaka, ir profesinio atidumo reikalavimams prieštaraujanti veikla. Elgesiu, kuriuo iš tiesų apgaulinėjama, priekabiauojama, daromas netinkamas poveikis arba spaudimas, visada pažeidžiami profesinio atidumo reikalavimai ir žymiai susilpninamas vartotojo gebėjimas priimti informacija pagrįstą sprendimą. Todėl nedaroma atskira nuoroda į profesinio atidumo kriterijų arba „iškreipimo iš esmės“ apibrėžties „iškreipimo“ elementą“. Galiausiai jo 58 punkte numatyta, kad „šios specialios kategorijos neapriboja bendrojo draudimo, kuris ir toliau bus taikomas kaip apsauginis tinklas ir taip juo remiantis bus galima įvertinti dabartinės arba būsimos veiklos, kuri nepatenka nė į vieną iš dviejų aiškiai nurodytų pagrindinių rūšių, sąžiningumą, savarankiško veikimo“ (išskirta mano). Dar pridurčiau, kad per teisėkūros procedūrą pasiūlymas dėl direktyvos šiuo požiūriu nebuvo pakeistas.

23. Tačiau kalbant labiau iš esmės, jeigu tam, kad būtų galima taikyti 6 straipsnį, būtų reikalaujama šalia direktyvos 5 straipsnio 2 dalies a punkte numatyto reikalavimo įvykdyti papildomų reikalavimų, tai prieštarautų 6 straipsnyje numatytiems sąlygoms. Iš tiesų atrodo, kad 6 straipsnyje (bent jau tam tikromis aplinkybėmis) įtvirtintas požiūris, jog prekybininko kaltė nebūtina⁹. Kadangi nedaroma nuoroda į 5 straipsnio 2 dalies a punktą, jeigu prekybininkams būtų leidžiama remtis aplinkybe, kad jie laikėsi profesinio atidumo reikalavimo, tai prieštarautų minėtam požiūriui¹⁰. Kaip nurodyta *travaux préparatoires* (parengiamuosiuose dokumentuose), 6 straipsnio pažeidimas *per se* laikomas profesinio atidumo pareigos pažeidimu.

24. Be to, jeigu pagal 6 straipsnį būtų leidžiama atsižvelgti į papildomus reikalavimus, tai būtų sunku suderinti su pačios direktyvos esme ir tikslu. Iš tiesų taip būtų ne pakeltas, o sumažintas aukštas vartotojų apsaugos lygis, kurio siekiama pagal direktyvą¹¹ ir kuris, svarbu neužmiršti, visiškai suderintas visoje Europos Sąjungoje¹².

25. Atsižvelgiant į išdėstytus argumentus faktinė aplinkybė, kad prekybininkas galėjo įvykdyti direktyvos 5 straipsnio 2 dalies a punkte numatytą profesinio atidumo reikalavimą, nėra svarbi tais atvejais, kai vykdoma klaidinanti (arba agresyvi) komercinė veikla. Šios nuomonės laikosi CHS ir Vokietijos, Vengrijos, Austrijos, Švedijos bei Jungtinės Karalystės vyriausybės, taip pat Komisija; be to, ši nuomonė atitinka pirmąjį aiškinimą, kurį pasiūlė nacionalinis teismas¹³.

B – Papildomos aplinkybės

26. Atsižvelgiant į tai, kad visi aiškinimo elementai rodo tą patį, šiek tiek glumina aplinkybė, jog prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikusiam teismui kilo sunkumų taikant direktyvos 5 ir 6 straipsnius faktinėms bylos aplinkybėms. Tačiau tikėtina, kad, deja, galėjo būti neteisingai išaiškinta Teisingumo Teismo praktika. Daug pasako aplinkybė, kad ir *Team4 Travel*, ir Lenkijos vyriausybė priešingas nuomonės grindžia Teisingumo Teismo praktika.

27. *Team4 Travel* teigia, kad dėl komercinės veiklos, kuri patenka į direktyvos taikymo sritį, tačiau nėra įtraukta į juodąjį sąrašą, Teisingumo Teismas konstatavo, jog „ji negali būti laikoma nesąžininga ir todėl draudžiama, nebent atliekama speciali analizė pagal direktyvos 5–9 straipsniuose nustatytus kriterijus“¹⁴. Tačiau nemanau, kad ši ištrauka svarbi nagrinėjamai bylai. Ji susijusi su direktyvoje numatytu reikalavimu individualiai įvertinti ginčijamą komercinę veiklą; neginčijama, kad šis reikalavimas taikomas 6 straipsniui. Tačiau Teisingumo Teismas tame punkte neišaiškino direktyvos 5 straipsnio ir jos 6–9 straipsnių tarpusavio ryšio, kuris nagrinėjamas šioje byloje. Dėl tos pačios priežasties, priešingai, nei mano Lenkijos vyriausybė ir *Team4 Travel*, nagrinėjamai bylai nesvarbu, kad

9 — Šiuo klausimu pažymėtina, kad remiantis aiškia direktyvos 6 straipsnio 1 dalies formuluote ši nuostata taikytina „nors informacija [naudojama komercinėje veikloje] ir yra faktiškai tiksli“.

10 — Panašiai 2012 m. spalio 18 d. Sprendimo *Purely Creative ir kt.* (C-428/11) 46 punkte Teisingumo Teismas, aiškindamas juodojo sąrašo 31 punkte vartojamą sąvoką „apgaulingas įspūdis“, konstatavo, kad direktyvos tikslas „nebūtų pasiektas, jei [direktyvos] I priedo 31 punktas būtų aiškinamas lyg apimantis klaidinimo elementą, atskirą nuo šios nuostatos 2 dalyje aprašytų aplinkybių“ (taip pat žr. šio sprendimo 26, 27 ir 29 punktus, kurie turi būti aiškinami atsižvelgiant į toje byloje pateiktą ketvirtąjį prejudicinį klausimą). Žinoma, kitaip nei į juodąjį sąrašą įtraukta veikla, 6 straipsnyje nurodyta klaidinanti veikla nustatoma tik atskirai įvertinus visas susijusias aplinkybes. Tačiau dėl to šiuo atveju Teisingumo Teismo argumentai netampa mažiau svarbūs taikant 6 straipsnį (*mutatis mutandis*).

11 — Žr. 2011 m. gruodžio 15 d. Sprendimo *INNO* (C-126/11) 27 punktą ir jame nurodytą teismų praktiką.

12 — Sprendimo *Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag* 27 ir 30 punktai bei juose nurodyta teismų praktika.

13 — Kol kas Teisingumo Teismas turėjo progą išnagrinėti šį klausimą tik netiesiogiai. 2012 m. kovo 15 d. Sprendime *Pereničová ir Perenič* (C-453/10), atsakydamas į klausimą apie poveikį, kurį nesąžiningos komercinės veiklos nustatymas turėtų sutartinės nuostatos sąžiningumo ir galiojimo įvertinimui pagal 1993 m. balandžio 5 d. Tarybos direktyvą 93/13/EEB dėl nesąžiningų sąlygų sutartyse su vartotojais (OL L 95, p. 29; 2004 m. specialusis leidimas lietuvių k., 15 sk., 2 t., p. 288), jis konstatavo, kad nagrinėjama veikla buvo klaidinanti pagal direktyvos 6 straipsnį, ir toliau neanalizavo, ar buvo pažeistas profesinio atidumo reikalavimas (žr. šio sprendimo 40, 41 ir 43 punktus bei rezoliucinės dalies 2 punktą). Tačiau generalinė advokatė V. Trstenjak ne kartą išreiškė požiūrį, panašų į mano (žr. jos išvados byloje *VTB-VAB ir Galatea* 78 ir 79 punktus; išvados byloje *Plus Warenhandels-gesellschaft* 73 ir 74 punktus; išvados byloje *Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag* 65 ir 66 punktus bei išvados byloje *Pereničová ir Perenič* 104–107 punktus).

14 — Sprendimo *Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag* 43 punktas.

Teisingumo Teismas anksčiau yra nurodęs, jog „taip pat reikia patikrinti, ar aptariama veikla prieštarauja profesinio atidumo reikalavimams, kaip tai suprantama pagal direktyvos 5 straipsnio 2 dalies a punktą“¹⁵. Iš tiesų šis teiginys susijęs su 5 straipsnio 2 dalies a ir b punktu, o ne su 5 straipsnio ir 6–9 straipsnių, tarpusavio ryšiu.

28. Be to, negalima pritarti Lenkijos vyriausybės siūlomam požiūriui, pagal kurį tais atvejais, kai vykdoma klaidinanti veikla, „įmanoma“ atskirai įvertinti direktyvos 5 straipsnio 2 dalies a punkte numatytą kriterijų. Iš tiesų tokia pasirinkimo laisvė prieštarautų šioje išvadoje minėtam direktyvos tikslui – pasiekti vienodą aukštą vartotojų apsaugos lygį visose valstybėse narėse.

29. Vis dėlto aplinkybė, kad pagal direktyvą nesuteikiama laisvė nustatyti, jog 6 straipsnis taikomas, tik jeigu laikomasi papildomų kriterijų, nereiškia, kad nepalikta jokios veiksmų laisvės. Kaip pažymi Švedijos vyriausybė, pagal direktyvą nacionaliniams teismams nedraudžiama kiekvienoje byloje atskirai nustatyti, pirma, ar ginčijama komercinė veikla gali būti apibūdinta kaip „klaidinanti“ arba „agresyvi“ pagal direktyvos 6–9 straipsnius, ir, jeigu taip nėra, antra, ar įvykdytos 5 straipsnio 2 dalyje numatytos bendrosios sąlygos. Iš tiesų atrodytų, kad pagal direktyvą pirmenybė teikiama požiūriui „iš viršaus į apačią“, t. y. vertinimui, kuris pradedamas nuo juodojo sąrašo, tęsiamas atsižvelgiant į nuostatas, pagal kurias reglamentuojama klaidinanti arba agresyvi veikla, ir baigiamas bendrąja nuostata. Jeigu viename iš pirmųjų etapų nustatoma, kad vykdoma nesąžininga komercinė veikla, nebūtina pereiti prie kito etapo, nes ginčijama veikla bet kuriuo atveju turėtų būti laikoma nesąžininga.

30. Galiausiai suprantu, kad, viena vertus, du žemesnės instancijos teismai, išnagrinėję šią bylą Austrijoje, priėmė sprendimus *Team4 Travel* naudai¹⁶ ir, kita vertus, kaip nurodo prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas, Vokietijos teismas taip pat „išnagrinėjo profesinio atidumo stokos kriterijų, nepaisydamas savo išvados, kad kyla grėsmė suklaidinti vartotojus“¹⁷. Tačiau, remdamasis išdėstytais argumentais, esu tvirtai apsisprendęs dėl to, kokio požiūrio reikėtų laikytis nagrinėjamoje byloje.

IV – Išvada

31. Atsižvelgdamas į tai, kas išdėstyta, siūlau Teisingumo Teismui pateikti *Oberster Gerichtshof* (Austrija) tokį atsakymą:

2005 m. gegužės 11 d. Europos Parlamento ir Tarybos direktyvos 2005/29/EB dėl nesąžiningos įmonių komercinės veiklos vartotojų atžvilgiu vidaus rinkoje ir iš dalies keičiančios Tarybos direktyvą 84/450/EEB, Europos Parlamento ir Tarybos direktyvas 97/7/EB, 98/27/EB bei 2002/65/EB ir Europos Parlamento ir Tarybos Reglamentą (EB) Nr. 2006/2004 5 straipsnį reikia aiškinti taip, kad jeigu komercinė veikla patenka į šios direktyvos 5 straipsnio 4 dalies taikymo sritį, nėra svarbu, ar įvykdyti ir 5 straipsnio 2 dalies a ir (arba) b punktuose nustatyti kriterijai.

15 — Ten pat, 46 punktas.

16 — Pridurčiau, kad abu šie teismai rėmėsi skirtingais pagrindais. Iš tiesų panašu, kad svarbiausias pagrindas, kuriuo remdamasis *Landesgericht* atmetė prašymą taikyti laikinąsias apsaugos priemones, buvo šio teismo nuomonė, jog teiginys dėl išimtinumo yra tikslus. Todėl atrodytų, kad tik *Oberlandesgericht Innsbruck* sprendimas pagrįstas išvada, jog *Team4 Travel* nepažeidė pareigos laikytis profesinio atidumo reikalavimo.

17 — 2009 m. liepos 8 d. *Oberlandesgericht Jena* (Jenos aukštesnysis žemės teismas) (Vokietija) sprendimas (NJOZ, 2010, 1216). Tačiau nesutinku su tuo, kaip prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas aiškina šį sprendimą, nes panašu, kad jame nagrinėjamas tik klausimas, ar įvykdytos klaidinančios veiklos nustatymo sąlygos, ir su tuo susijusi įrodinėjimo pareiga. Be to, *Oberlandesgericht Jena* aiškiai nurodo, kad akivaizdu, jog direktyva neperkelta į Vokietijos teisę.