Zbiór Orzeczeń

OPINIA RZECZNIKA GENERALNEGO
VERICY TRSTENJAK
przedstawiona w dniu 6 września 2012 r.[1]

Sprawa C-206/11

Georg Köck
przeciwko
Schutzverband gegen unlauteren Wettbewerb

[wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym złożony przez Oberster Gerichtshof (Austria)]

Dyrektywa 2005/29/WE — Harmonizacja — Ochrona konsumentów — Nieuczciwe praktyki handlowe przedsiębiorstw — Proceduralna konstrukcja instrumentów do zwalczania nieuczciwych praktyk handlowych — Uregulowanie państwa członkowskiego, zgodnie z którym zapowiedź wyprzedaży wymaga uprzedniego zezwolenia organu administracji

Spis treści

I – Wprowadzenie ... 3

II – Ramy prawne ... 4

1. Prawo Unii ... 4

2. Prawo krajowe ... 6

III – Stan faktyczny, postępowanie krajowe i pytanie prejudycjalne ... 8

IV – Postępowanie przed Trybunałem ... 9

V – Istotne wywody uczestników postępowania ... 9

VI – Ocena prawna ... 11

A – Uwagi wstępne ... 11

B – Analiza zagadnień prawnych ... 12

1. Możliwość zastosowania dyrektywy 2005/29 ... 12

1 — Język oryginału: niemiecki.

a) Przedmiotowy zakres stosowania 12

b) Podmiotowy zakres stosowania 13

c) Brak zachodzenia wyjątku 14

d) Wniosek wstępny 14

2. Proceduralne zagadnienia pytania prejudycjalnego 14

a) Kompetencja kontrolna krajowych organów administracji 14

b) Właściwość organu administracji w zakresie kontroli dokonywanej ex ante 15

c) Zgodność z dyrektywą opatrzonego sankcją zakazu z możliwością pozwolenia 17

d) Sądowa kontrola orzeczeń administracyjnych 18

i) Zarys problemu 18

ii) Uznanie państw członkowskich w zakresie konstruowania zagadnień proceduralnych 19

iii) Zakaz nieuwzględniania obowiązku dokonywania indywidualnej oceny 20

e) Wniosek wstępny 21

3. Materialnoprawne aspekty pytania prejudycjalnego 22

a) Zagadnienie ogólne 22

b) Analiza struktury obu aktów prawnych 22

i) Struktura normatywna dyrektywy 2005/29 22

ii) Materialnoprawne uregulowania dotyczące zapowiedzi wyprzedaży zawarte w UWG 23

c) Zgodność regulacji materialnoprawnej z dyrektywą 2005/29 23

i) Nakładanie ogólnych zakazów 23

ii) Wymóg istnienia przyczyn dla zapowiedzi wyprzedaży 25

– Zapowiedź zaprzestania działalności handlowej i przeniesienie zakładu 25

– Pozostałe przyczyny wskazane w § 33b pkt 4 UWG 25

d) Wniosek wstępny 26

4. Podsumowujące wnioski 27

VII – Wnioski 28

I – Wprowadzenie

1. Już w mitologiach greckiej i rzymskiej szczególną uwagę poświęcono handlowi i związanej z nim kwestii ochrony stron biorących udział w wymianie handlowej, które dzisiaj określa się mianem przedsiębiorcy i konsumenta. Zwracano się nawet po pomoc bogów, gdy należało chronić kupców i kupujących. W mitologii greckiej Hermes (i Merkury w mitologii rzymskiej) był bogiem chroniącym kupców, a także dróg, podróżujących i pasterzy. W dzisiejszych czasach konsumenci i przedsiębiorcy nie są już w pierwszej kolejności chronieni przez bogów, lecz przez ziemskie prawa i sądy. Mają one na celu odpowiednie uwzględnienie zarówno interesów konsumentów, jak i przedsiębiorców oraz dostosowanie owych interesów.

2. W niniejszym postępowaniu prejudycjalnym toczącym się na podstawie art. 267 TFUE austriacki Oberster Gerichtshof (sąd najwyższy, zwany dalej „sądem krajowym") zwraca się do Trybunału Unii Europejskiej z wnioskiem o dokonanie wykładni dyrektywy 2005/29/WE dotyczącej nieuczciwych praktyk handlowych na rynku wewnętrznym [2]. Przedmiotem wniosku jest zasadniczo zagadnienie, czy postanowienia tej dyrektywy sprzeciwiają się uregulowaniu krajowemu, zgodnie z którym zapowiedź wyprzedaży wymaga uprzedniego zezwolenia organu administracji.

3. Wniosek został złożony w ramach sporu sądowego pomiędzy G. Köckiem, przedsiębiorcą indywidualnym, a Schutzverband gegen unlauteren Wettbewerb (stowarzyszeniem do spraw ochrony przed nieuczciwą konkurencją, zwane dalej „stowarzyszeniem"), instytucją posiadającą zgodnie z prawem krajowym uzasadniony interes w zwalczaniu nieuczciwych praktyk handlowych. Strony prowadzą spór o to, czy G. Köck był uprawniony do dokonania zapowiedzi wyprzedaży bez posiadania wymaganego zgodnie z prawem krajowym zezwolenia powiatowego organu administracji. W związku z tym powstaje pytanie, czy dyrektywa 2005/29 dopuszcza, aby państwo członkowskie w ramach transpozycji tej dyrektywy do prawa krajowego generalnie uzależniało możliwość dokonania zapowiedzi wyprzedaży od uzyskania zezwolenia organu administracji; przy czym naruszenia ustawowego obowiązku złożenia wniosku są karane bez dokonywania oceny uczciwości danej praktyki handlowej.

4. Niniejsza sprawa różni się w jednym istotnym aspekcie od innych spraw, w których także zwracano się do Trybunału o zajęcie stanowiska w sprawie zgodności z prawem Unii transpozycji dyrektywy 2005/29. A mianowicie, niniejsza sprawa nie dotyczy transpozycji materialnoprawnych wymagań dyrektywy, lecz przede wszystkim chodzi w niej o proceduralną konstrukcję instrumentów zwalczania nieuczciwych praktyk handlowych w poszczególnych krajowych porządkach prawnych. W związku z tym należy zająć się zagadnieniem, czy prawodawca Unii zrezygnował z założenia pełnej harmonizacji, które zasadniczo obowiązuje dla materialnoprawnych wymagań dyrektywy, aby przyznać państwom członkowskim swobodę w kształtowaniu zagadnień proceduralnych.

2 — Dyrektywa 2005/29/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 maja 2005 r. dotycząca nieuczciwych praktyk handlowych stosowanych przez przedsiębiorstwa wobec konsumentów na rynku wewnętrznym oraz zmieniająca dyrektywę Rady 84/450/EWG, dyrektywy 97/7/WE, 98/27/WE i 2002/65/WE Parlamentu Europejskiego i Rady oraz rozporządzenie (WE) nr 2006/2004 Parlamentu Europejskiego i Rady („dyrektywa o nieuczciwych praktykach handlowych"), Dz.U. L 149, s. 22.

II – Ramy prawne

1. Prawo Unii

5. Artykuł 1 dyrektywy 2005/29/WE stanowi:

„Celem niniejszej dyrektywy jest przyczynienie się do właściwego funkcjonowania rynku wewnętrznego i osiągnięcie wysokiego poziomu ochrony konsumentów poprzez zbliżenie przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych państw członkowskich odnoszących się do nieuczciwych praktyk handlowych szkodzących interesom gospodarczym konsumentów".

6. Artykuł 2 dyrektywy 2005/29 stanowi:

„Do celów niniejszej dyrektywy:

[…]

d) »praktyki handlowe stosowane przez przedsiębiorstwa wobec konsumentów« (zwane dalej również »praktykami handlowymi«) oznaczają każde działanie przedsiębiorcy, jego zaniechanie, sposób postępowania, oświadczenie lub komunikat handlowy, w tym reklamę i marketing, bezpośrednio związane z promocją, sprzedażą lub dostawą produktu do konsumentów;

[…]".

7. Artykuł 3 ust. 1 dyrektywy brzmi:

„Niniejszą dyrektywę stosuje się do nieuczciwych praktyk handlowych w rozumieniu art. 5, stosowanych przez przedsiębiorstwa wobec konsumentów przed zawarciem transakcji handlowej dotyczącej produktu, w trakcie jej zawierania oraz po jej zawarciu".

8. Artykuł 5 dyrektywy, zatytułowany „Zakaz nieuczciwych praktyk handlowych", stanowi:

„1. Nieuczciwe praktyki handlowe są zabronione.

2. Praktyka handlowa jest nieuczciwa, jeżeli:

a) jest sprzeczna z wymogami staranności zawodowej

i

b) w sposób istotny zniekształca lub może w sposób istotny zniekształcić zachowanie gospodarcze względem produktu przeciętnego konsumenta, do którego dociera bądź do którego jest skierowana, lub przeciętnego członka grupy konsumentów, jeżeli praktyka handlowa skierowana jest do określonej grupy konsumentów.

[…]

5. Załącznik I zawiera wykaz praktyk handlowych, które uznaje się za nieuczciwe w każdych okolicznościach. Wykaz ten obowiązuje jednolicie we wszystkich państwach członkowskich i może zostać zmodyfikowany wyłącznie poprzez zmianę niniejszej dyrektywy".

9. Artykuł 11 dyrektywy zatytułowany „Wykonanie” stanowi:

„1. Państwa członkowskie zapewniają w interesie konsumentów odpowiednie i skuteczne środki zwalczania nieuczciwych praktyk w celu zapewnienia zgodności z przepisami niniejszej dyrektywy.

Środki takie obejmują przepisy prawne, zgodnie z którymi osoby lub organizacje uznawane na mocy prawa krajowego za mające uzasadniony interes w zwalczaniu nieuczciwych praktyk handlowych, w tym konkurenci, mogą:

a) wszcząć postępowanie sądowe w odniesieniu do takich nieuczciwych praktyk handlowych;

i/lub

b) zaskarżyć takie nieuczciwe praktyki handlowe przed organem administracyjnym właściwym do rozpatrywania skarg lub do wszczynania właściwych postępowań sądowych.

[…]

2. Zgodnie z przepisami określonymi w ust. 1 państwa członkowskie przyznają sądom i organom administracyjnym uprawnienia umożliwiające im, w przypadkach, kiedy uznają takie środki za konieczne, biorąc pod uwagę interesy wszystkich stron, w szczególności interes publiczny:

a) nakazanie zaprzestania nieuczciwych praktyk handlowych lub wszczęcie właściwego postępowania sądowego lub administracyjnego w celu nakazania zaprzestania takich praktyk;

lub

b) jeżeli nieuczciwa praktyka handlowa nie została jeszcze zastosowana, ale jej zastosowanie jest bliskie, zakazanie tej praktyki lub wszczęcie właściwego postępowania sądowego lub administracyjnego w celu wydania zakazu jej stosowania;

nawet w przypadku braku dowodu rzeczywistej straty lub szkody bądź zamiaru lub niedbalstwa ze strony przedsiębiorcy.

Państwa członkowskie zapewnią również możliwość podjęcia środków określonych w akapicie pierwszym w ramach procedury przyspieszonej:

— ze skutkiem tymczasowym,

lub

— ze skutkiem ostatecznym,

przy czym każde państwo członkowskie będzie mogło zdecydować, którą z tych dwóch możliwości wybierze.

Ponadto państwa członkowskie mogą przyznać sądom lub organom administracyjnym uprawnienia umożliwiające im, w celu usunięcia trwałych skutków nieuczciwych praktyk handlowych, których zaprzestanie zostało nakazane prawomocnym orzeczeniem:

a) nakazanie publikacji tego orzeczenia […];

b) wymaganie dodatkowo publikacji informacji o sprostowaniu.

[…]

Jeżeli uprawnienia określone w ust. 2 są wykonywane wyłącznie przez organy administracyjne, decyzje powinny być uzasadnione we wszystkich wypadkach. Ponadto w takim przypadku należy ustanowić procedury, według których niewłaściwe lub nieuzasadnione wykonywanie uprawnień przez organy administracyjne, lub niewłaściwe albo nieuzasadnione uchybienie w wykonywaniu powyższych uprawnień mogą być przedmiotem kontroli sądowej".

10. Załącznik I do dyrektywy („Praktyki handlowe uznawane za nieuczciwe w każdych okolicznościach") zawiera w szczególności następujące praktyki handlowe wprowadzające w błąd:

„4) Twierdzenie, że przedsiębiorca (w tym jego praktyki handlowe) lub produkt został zatwierdzony, zaaprobowany lub otrzymał zezwolenie od organu publicznego lub prywatnego, gdy jest to niezgodne z rzeczywistością, oraz wysuwanie takiego twierdzenia przy jednoczesnym niespełnianiu warunków zatwierdzenia, aprobaty lub zezwolenia.

[…]

7) Fałszywe twierdzenie, że produkt będzie dostępny jedynie przez ograniczony czas lub że będzie on dostępny na określonych warunkach przez bardzo ograniczony czas w celu nakłonienia konsumentów do podjęcia natychmiastowej decyzji i pozbawienia ich możliwości świadomego wyboru lub czasu potrzebnego do jego dokonania.

[…]

15) Twierdzenie, że przedsiębiorca wkrótce zakończy działalność handlową lub zmieni siedzibę, gdy jest to niezgodne z rzeczywistością".

2. Prawo krajowe

11. W Austrii dokonano transpozycji dyrektywy 2005/29 ze skutkiem na dzień 12 grudnia 2007 r. w drodze zmiany[3] ustawy federalnej o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji z 1984 r.[4] (zwanej dalej „UWG").

12. W ramach nowelizacji UWG z 2007 r. przejęto w dosłownym brzmieniu pkt 7 załącznika I do dyrektywy 2005/29 do pkt 7 załącznika do UWG.

Oddział 4a UWG (§33a–33f), wprowadzony do UWG już w 1992 r., zawiera następujące przepisy o „Zapowiedzi wyprzedaży":

„§33a

(1) Zapowiedź wyprzedaży oznacza w rozumieniu niniejszej ustawy wszelkie publiczne ogłoszenia lub komunikaty przeznaczone dla większej grupy osób, które pozwalają stwierdzić zamiar zbycia w sposób przyspieszony większych ilości towaru w ramach indywidualnej sprzedaży i jednocześnie mogą wywołać wrażenie, że przedsiębiorca jest zmuszony wskutek szczególnych okoliczności do szybkiej sprzedaży i w związku z tym oferuje swoje towary na nadzwyczaj korzystnych warunkach lub po nadzwyczaj

3 — BGBl. I nr 79/2007.

4 — BGBl. I nr 448/1984.

korzystnych cenach. Ogłoszenia lub komunikaty zawierające słowa »wyprzedaż«, »sprzedaż likwidacyjna«, »sprzedaż w związku z zamknięciem sklepu«, »szybka sprzedaż«, »sprzedaż po cenach okazyjnych«, »opróżniamy magazyn« lub słowa o podobnym znaczeniu są uważane w każdym razie za zapowiedz wyprzedaży.

(2) Przepisy § 33a–33e nie obejmują jednakże ogłoszeń i komunikatów dotyczących wyprzedaży w związku z zakończeniem sezonu, sezonową zmianą asortymentu, inwentaryzacją i tym podobne oraz zwyczajowych wyprzedaży specjalnych w danej branży i w określonych porach roku (np. »Biały Tydzień«, »Tydzień Płaszcza«).

(3) Powyższe regulacje nie uchybiają pkt 7 załącznika.

§ 33b.

Zapowiedź wyprzedaży jest dozwolona tylko za zgodą organu administracji powiatowej właściwego ze względu na miejsce wyprzedaży. Wniosek o udzielenie zezwolenia jest składany na piśmie i zawiera poniższe informacje:

1. podlegające zbyciu towary według ilości, właściwości i ceny sprzedaży;

2. dokładne miejsce wyprzedaży;

3. okres, w trakcie którego ma odbyć się wyprzedaż;

4. przyczyny, ze względu na które ma odbyć się wyprzedaż, jak zgon właściciela przedsiębiorstwa, zaprzestanie działalności handlowej lub wycofanie określonego rodzaju towaru, przeniesienie zakładu, zdarzenia naturalne i tym podobne;

5. […].

§ 33c

(1) Organ administracji powiatowej jest zobowiązany przed rozstrzygnięciem w przedmiocie wniosku do wezwania izby handlowej właściwej według miejsca wyprzedaży do zajęcia stanowiska w terminie dwóch tygodni.

(2) Organ administracji powiatowej rozstrzyga w przedmiocie wniosku w terminie miesiąca od dnia jego otrzymania.

(3) Odmawia się udzielenia zezwolenia, jeżeli brak jest przyczyn, o których mowa w § 33b pkt 4, lub jeżeli sprzedaż ma zostać zapowiedziana na okres nieciągły. Ponadto odmawia się udzielenia zezwolenia, jeżeli sprzedaż ma przypadać w okresie od początku przedostatniego tygodnia przed Wielkanocą do Zielonych Świątków, od dnia 15 listopada do Bożego Narodzenia lub trwać dłużej niż pół roku, chyba że chodzi o przypadki zgonu przedsiębiorcy, losowych zdarzeń naturalnych lub inne przypadki w równym stopniu zasługujące na uwzględnienie. Jeżeli przedsiębiorstwo istnieje od niepełnych trzech lat, zezwolenia udziela się tylko w przypadkach śmierci przedsiębiorcy, losowych zdarzeń naturalnych lub w innych przypadkach w równym stopniu zasługujących na uwzględnienie.

(4) […]

§ 33d.

(1) Każda zapowiedź wyprzedaży musi wskazywać przyczyny przyspieszonej sprzedaży, okres, w trakcie którego wyprzedaż ma się odbyć, oraz ogólne oznaczenie towarów objętych wyprzedażą. Informacje te muszą być zgodne z decyzją o udzieleniu zezwolenia.

(2) Po upływie wskazanego w decyzji o udzieleniu zezwolenia okresu wyprzedaży należy zaprzestać wszelkiej zapowiedzi wyprzedaży.

(3) W trakcie okresu wyprzedaży wskazanego w decyzji o udzieleniu zezwolenia wyprzedaż towaru oznaczonego w zapowiedzi jest dozwolona tylko w ilości wskazanej w decyzji o udzieleniu zezwolenia. Uzupełnianie towarów tego rodzaju jest zakazane.

(4) […]".

13. Paragraf 34 ust. 3 UWG zawiera następujący przepis dotyczący m.in. oddziału 4a:

„Kto działa wbrew przepisom niniejszego rozdziału, może, bez uszczerbku dla ścigania karnego, zostać pozwany o zaniechanie, a w razie zawinienia o zapłatę odszkodowania. Roszczeń tych można dochodzić tylko przed sądem powszechnym".

III – Stan faktyczny, postępowanie krajowe i pytanie prejudycjalne

14. Georg Köck prowadzi indywidualne przedsiębiorstwo w Innsbrucku. W anonsie zapowiedział „totalną wyprzedaż" swoich towarów i reklamował tę wyprzedaż w swoim sklepie za pomocą stojaków z plakatami i naklejek na szybach. Oprócz wyrażenia „totalna wyprzedaż" stosował on także takie sformułowania, jak „Musimy pozbyć się wszystkiego" i „do minus 90%". Georg Köck nie uzyskał zezwolenia organu administracji powiatowej na zapowiedź wyprzedaży.

15. Stowarzyszenie stoi na stanowisku, iż zapowiedź ta narusza § 33a i nast. UWG. Zgodnie z tymi przepisami zapowiedź wyprzedaży dokonana przez G. Köcka jest dopuszczalna wyłącznie za zgodą organu administracji powiatowej. Ta regulacja jest zgodna z dyrektywą 2005/29/WE dotyczącą nieuczciwych praktyk handlowych i dlatego ma nadal zastosowanie.

16. Dlatego też stowarzyszenie wystąpiło do Landesgericht Innsbruck o zakazanie G. Köckowi na mocy zarządzenia tymczasowego zapowiadania wyprzedaży bez posiadania wymaganego zezwolenia organu administracji powiatowej. Georg Köck kwestionuje wystąpienie naruszenia przepisów dotyczących wyprzedaży. Jego zdaniem dokonał on jedynie sprzedaży części towarów w rozumieniu § 33a ust. 2 UWG, co niepodległo obowiązkowi uzyskania zezwolenia. Landesgericht Innsbruck w postanowieniu z dnia 15 czerwca 2010 r. przychylił się do poglądu prawnego G. Köcka.

17. W wyniku odwołania stowarzyszenia Oberlandesgericht Innsbruck postanowieniem z dnia 6 sierpnia 2010 r. wydał zarządzenie tymczasowe zgodnie z wnioskiem stowarzyszenia. Według oceny sądu odwoławczego pozwany zapowiedział wymagającą uprzedniego zezwolenia wyprzedaż w rozumieniu § 33a ust. 1 UWG. Ponieważ nie posiadał zezwolenia, o którym mowa w § 33b UWG, należało uwzględnić żądanie o zaniechanie, zgodnie z § 34 ust. 3 UWG.

18. Georg Köck wniósł od tego orzeczenia skargę kasacyjną do Oberster Gerichtshof. Zgodnie z tymczasową oceną dokonaną przez Oberster Gerichtshof środek odwoławczy będzie w przypadku zastosowania § 33a i nast. UWG bezskuteczny. Oberster Gerichtshof ma jednak wątpliwości, czy przepisy te są zgodne z dyrektywą 2005/29. Dlatego też zawiesił postępowanie kasacyjne i zwrócił się do Trybunału z następującym pytaniem prejudycjalnym:

Czy art. 3 ust. 1 i art. 5 ust. 5 dyrektywy 2005/29/WE lub inne przepisy tej dyrektywy stoją na przeszkodzie obowiązywaniu uregulowania krajowego, zgodnie z którym zapowiedź wyprzedaży bez zgody właściwego organu administracji jest niedopuszczalna i w związku z tym powinna być zakazana w postępowaniu sądowym bez konieczności badania przez sąd w tym postępowaniu wprowadzającego w błąd, agresywnego lub w inny sposób nieuczciwego charakteru tej praktyki handlowej?

IV – Postępowanie przed Trybunałem

19. Postanowienie w sprawie wystąpienia z wnioskiem o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym z dnia 12 kwietnia 2011 r. wpłynęło w dniu 2 maja 2011 r. do sekretariatu Trybunału.

20. Strony postępowania przed sądem krajowym, rządy Republiki Austrii i Królestwa Belgii oraz Komisja Europejska przedłożyły uwagi na piśmie w terminie określonym w art. 23 statutu Trybunału.

21. Na rozprawie w dniu 21 maja 2012 r. stawili się w celu przedstawienia wywodów pełnomocnicy procesowi stron postępowania przed sądem krajowym, pełnomocnicy rządu Republiki Austrii i Królestwa Belgii oraz pełnomocnik Komisji.

V – Istotne wywody uczestników postępowania

22. Georg Köck proponuje Trybunałowi udzielenie odpowiedzi twierdzącej na pytanie prejudycjalne. W jego ocenie niezgodne z dyrektywą 2005/29 jest takie uregulowanie ustawowe jak to będące przedmiotem sporu, które zezwala organom administracji na odmowę zezwolenia na zapowiedzenie wyprzedaży także w przypadku, gdy sporna praktyka handlowa nie jest ani wprowadzająca w błąd, ani agresywna, ani też w jakiejkolwiek formie nieuczciwa.

23. W jego ocenie dyrektywa 2005/29 znajduje zastosowanie do sprawy będącej przedmiotem postępowania krajowego, gdyż zapowiedź wyprzedaży odpowiada definicji praktyki handlowej, a po wtóre przepisy krajowe będące przedmiotem sporu mają na celu nie tylko ochronę konkurentów lecz także ochronę konsumentów. Z ostrożności procesowej wskazuje na to, że dokonane przez niego zapowiedzi nie stanowiły zapowiedzi wyprzedaży wymagających zezwolenia w rozumieniu § 33a ust. 1 UWG, lecz jedynie nie wymagającą zgody sprzedaż części towarów w rozumieniu § 33a ust. 2 UWG.

24. Dalej G. Köck zwraca uwagę, że pkt 7 załącznika I do dyrektywy 2005/29 nie znajduje zastosowania do sprawy będącej przedmiotem postępowania krajowego, gdyż nie podnosił wprost twierdzeń dotyczących szczególnego okresu trwania wyprzedaży, będącej w rzeczywistości sprzedażą części towarów. Ponadto G. Köck wywodzi, że prawo krajowe nie zapewnia ochrony prawnej jednostki, gdyż wyegzekwowanie w postępowaniu administracyjnym niestosowania § 33c ust. 3 UWG z uwagi na jego niezgodność z prawem Unii stanowi dla zainteresowanego przedsiębiorcy nadmierną trudność.

25. Zarówno stowarzyszenie, jak i rząd austriacki reprezentują pogląd, iż sporne postanowienia krajowe dotyczące zezwolenia organu administracji na wyprzedaże nie są objęte zakresem stosowania dyrektywy 2005/29. Stanowisko to potwierdza motyw 9 jak też art. 3 ust. 8 dyrektywy, zgodnie z którymi dyrektywa ta pozostaje bez uszczerbku „dla wszelkich warunków wykonywania działalności gospodarczej lub warunków udzielania zezwoleń". Brak możliwości zastosowania dyrektywy 2005/29 wynika w ocenie rządu austriackiego także z tego powodu, że nie reguluje ona stosunków prawnych pomiędzy przedsiębiorstwami a organami administracji.

26. Z ostrożności procesowej obaj uczestnicy postępowania dokonują wywodów, na wypadek gdyby Trybunał doszedł do wniosku, iż dyrektywa 2005/29 znajduje jednak zastosowanie. Między innymi wskazują na to, że większość wyprzedaży w Austrii, jak na przykład wyprzedaże sezonowe, związane z remanentami itp., nie są ani zabronione, ani też uzależnione od uzyskania zezwolenia. Jedynie zapowiedź określonych sprzedaży o specjalnym charakterze wymaga zgody. Dlatego też sporna regulacja krajowa nie ustanawia zasadniczego i ogólnego zakazu wykonywania określonych praktyk handlowych. Ponadto art. 11 dyrektywy upoważnia państwa członkowskie do wprowadzania odpowiednich i skutecznych środków do zwalczenia nieuczciwych praktyk handlowych. Do takich środków należy zdaniem rządu austriackiego także dokonywana ex ante ocena nieuczciwych praktyk handlowych, która jest lepszą metodą od oceny następczej. Ta ostatnia metoda, przynajmniej w przypadku zapowiedzi wyprzedaży, nie czyni w wystarczającym stopniu zadość celom zawartym w art. 13 dyrektywy polegającym na wprowadzaniu skutecznych, proporcjonalnych i odstraszających sankcji za naruszenia krajowych przepisów transponujących tę dyrektywę.

27. Obaj uczestnicy postępowania odnoszą się do konstrukcji postępowania administracyjnego i sądowego w prawie austriackim, przy czym stowarzyszenie zwraca uwagę na to, iż austriackie organy administracyjne są zobowiązane przy ocenie wniosku o udzielenie zezwolenia do dokonywania wykładni przepisów krajowych w świetle dyrektywy 2005/29, aby osiągnąć cel, do osiągnięcia którego ta dyrektywa zmierza. Dalej zwraca uwagę, że sąd, przed którym zawisłe jest postępowanie o zaniechanie, z reguły będzie badać, czy występuje zapowiedź w rozumieniu § 33a UWG. Jeżeli występuje zapowiedź sprzedaży wymagająca uzyskania odpowiedniego zezwolenia administracyjnego, a zgoda taka nie została uzyskana, to z reguły powinno być to oceniane jako naruszenie wymogów staranności zawodowej w rozumieniu art. 5 ust. 2 lit. a) dyrektywy 2005/29. Rząd austriacki wskazuje ze swej strony na to, że austriackie organy administracyjne muszą udzielić zezwolenia na zapowiedź wyprzedaży, jeżeli zapowiedź nie wprowadza w błąd i nie narusza przepisów art. 8 i 9 dyrektywy 2005/29.

28. Stowarzyszenie proponuje Trybunałowi udzielenie odpowiedzi przeczącej na zadane pytanie prejudycjalne. Rząd austriacki proponuje ze swej strony udzielenie odpowiedzi na pytanie prejudycjalne w ten sposób, że dyrektywa 2005/29 nie sprzeciwia się krajowemu uregulowaniu, zgodnie z którym zapowiedź określonych sprzedaży o szczególnym charakterze wymaga zezwolenia organu administracji.

29. Rząd belgijski proponuje Trybunałowi odpowiedzieć na pytanie prejudycjalne, iż dyrektywa 2005/29 nie sprzeciwia się krajowemu uregulowaniu, które uzależnia zapowiedź wyprzedaży od wcześniejszego zezwolenia, jeżeli poprzez tę zgodę mają być chronione jedynie interesy konkurentów. Ocena tej kwestii należy jednakże do sądu krajowego. Poza tym rząd belgijski zwraca uwagę, że wyżej wymieniona praktyka handlowa nie jest wymieniona w załączniku I do dyrektywy.

30. Komisja proponuje Trybunałowi udzielenie odpowiedzi twierdzącej na pytanie prejudycjalne. W odniesieniu do możliwości zastosowania dyrektywy 2005/29 do przypadku będącego przedmiotem postępowania krajowego wskazuje na to, że zapowiedź wyprzedaży powinna zostać zakwalifikowana jako praktyka handlowa. Oprócz tego sporne przepisy służą nie tylko ochronie konkurentów, ale także ochronie konsumentów. Generalny zakaz z możliwością pozwolenia przewidziany przez sporne uregulowanie krajowe nie jest jednak zgodny z art. 5 ust. 2, 4 i 5 dyrektywy 2005/29 oraz z pkt 7 i 15 załącznika I. Ponadto taki mechanizm jest sprzeczny z założeniem pełnej harmonizacji, który leży u podstaw dyrektywy. Poza tym art. 11 tej dyrektywy, który nakazuje, iż państwa członkowskie muszą

wprowadzić odpowiednie i skuteczne środki do zwalczania nieuczciwych praktyk handlowych, nie przewiduje tego rodzaju oceny ex ante wszystkich wchodzących w grę praktyk handlowych przeprowadzanej przez krajowe organy administracyjne. Sporne uregulowania krajowe nie mogą też zostać usprawiedliwione przez art. 3 ust. 8 tej dyrektywy, gdyż to postanowienie dyrektywy obowiązuje jedynie wobec zawodów regulowanych, a taka sytuacja nie występuje w przypadku będącym przedmiotem postępowania krajowego. Zdaniem Komisji także z pkt 4 załącznika I do tej dyrektywy nie można wyprowadzić żadnego argumentu na rzecz generalnego zakazu z możliwością pozwolenia.

VI – Ocena prawna

A – *Uwagi wstępne*

31. Prawodawca Unii wyznaczył państwom członkowskim termin do transpozycji dyrektywy 2005/29 do dnia 12 czerwca 2007 r., przy czym jej ostateczne stosowanie miało nastąpić z dniem 12 grudnia 2007 r. Po terminowym spełnieniu obowiązku transpozycji i stosowania przez wszystkie państwa członkowskie [5] nadszedł czas, aby zająć się zagadnieniem prawidłowości transpozycji w poszczególnych systemach prawnych państw członkowskich. Jedynie optymalna transpozycja może bowiem zapewnić, że osiągnięty zostanie cel dyrektywy polegający na przyczynieniu się do właściwego funkcjonowania rynku wewnętrznego i osiągnięcie wysokiego poziomu ochrony konsumentów poprzez zbliżenie przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych państw członkowskich odnoszących się do nieuczciwych praktyk handlowych szkodzących interesom gospodarczym konsumentów [6].

32. Trybunał miał w szeregu orzeczeń prejudycjalnych okazję do pośredniego ustosunkowania się do zagadnienia zgodności z dyrektywą transpozycji [7] dokonanych w Belgii [8], Niemczech [9], Polsce [10], Austrii [11] i Szwecji [12]. Chociaż kompetencja Trybunału w ramach orzeczeń w trybie prejudycjalnym polega zgodnie z art. 267 TFUE na wykładni dyrektyw, a nie na orzekaniu w kwestii zgodności krajowego uregulowania z prawem Unii [13], to jednak właśnie jego orzecznictwo w zakresie wykładni przyczyniło się do lepszego zrozumienia znaczenia i zakresu poszczególnych postanowień dyrektywy. To zaś umożliwiło państwom członkowskim takie następcze dostosowanie ich przepisów transpozycyjnych, które umożliwiło wypełnienie wskazań wynikających z prawa Unii [14].

5 — Zobacz odnośnie do stanu transpozycji w poszczególnych państwach członkowskich, F. Henning-Bodewig, Die Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs in den EU-Mitgliedstaaten: eine Bestandsaufnahme, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht – Internationaler Teil*, 2010, s. 273 i nast.

6 — Zbliżenie ustawodawstw w dziedzinie nieuczciwej konkurencji poprzez dyrektywy przyczynia się do osiągnięcia celu polegającego na utworzenia rynku wewnętrznego przy zapewnieniu wysokiego poziomu ochrony konsumentów. Korzyść związana z tą metodą leży w usunięciu konfliktów pomiędzy danymi swobodami podstawowymi a krajowymi środkami ochrony konsumentów, ponieważ prawodawca unijny dokonuje wyważenia obydwu interesów (por. w zakresie problematyki warunków sprzedaży w dziedzinie prawa przewozu towarów F. Picod, La jurisprudence Keck et Mithouard, a t-elle un avenir?, *L'entrave dans le droit du marché intérieur*, Bruxelles 2011, s. 47).

7 — W kwestii przeglądu orzecznictwa zob. M. Namysłowska, Trifft die Schwarze Liste der unlauteren Geschäftspraktiken ins Schwarze? Bewertung im Lichte der EuGH-Rechtsprechung, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht – Internationaler Teil*, 2010, s. 1033.

8 — Wyrok z dnia 23 kwietnia 2009 r. w sprawach połączonych C-261/07 i C-299/07 VTB-VAB i Galatea BVBA, Zb.Orz. s. I-2949.

9 — Wyrok z dnia 14 stycznia 2010 r. w sprawie C-304/08 Plus Warenhandelsgesellschaft, Zb.Orz. s. I-217.

10 — Wyrok z dnia 11 marca 2010 w sprawie C-522/08 Telekomunikacja Polska, Zb.Orz. s. I-2079.

11 — Wyrok z dnia 9 listopada 2010 r. w sprawie C-540/08 Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag, Zb.Orz. s. I-10909. Zobacz w kwestii obowiązku państw członkowskich do należytej transpozycji S. Griller, Direktwirkung und richtlinienkonforme Auslegung, w: *10 Jahre Anwendung des Gemeinschaftsrechts in Österreich*, Wien–Graz 2006, s. 91, który zajmuje się szczegółowo zagadnieniem skutków dyrektywy w prawie austriackim.

12 — Wyrok z dnia 12 maja 2011 r. w sprawie C-122/10 Ving Sverige, Zb.Orz. s. I-3903.

13 — Zobacz w szczególności wyroki: z dnia 15 lipca 1964 r. w sprawie 6/64 Costa, Rec. s. 1251, 1268; z dnia 29 listopada 2001 r. w sprawie C-17/00 De Coster, Rec. s. I-9445, pkt 23; z dnia 16 stycznia 2003 r. w sprawie C-265/01 Pansard i in., Rec. s. I-683, pkt 18.

14 — U. Bernitz, 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* (eds. S. Weatherill, U. Bernitz) przyjmuje, iż w celu zapewnienia, że dyrektywa 2005/29 będzie w sposób właściwy transponowana koniecznych będzie szereg wniosków o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym. W ocenie autora proces ten obejmie też skargi Komisji o stwierdzenie uchybienia zobowiązaniom państwa członkowskiego wniesione przeciwko państwom członkowskim, które próbują utrzymać w mocy szczególne przepisy krajowe stojące w sprzeczności z dyrektywą.

33. Do tej pory wnioski sądów państw członkowskich o wydanie orzeczeń prejudycjalnych odnosiły się wyłącznie do przepisów dyrektywy, na podstawie których można oceniać brak uczciwości praktyk handlowych. W związku z nimi można było stwierdzić, że niezgodność danych przepisów krajowych wynikała zasadniczo z tego, iż sprzeciwiały się one pełnej harmonizacji, którą dyrektywa pragnie osiągnąć na obszarze prawa uczciwej konkurencji [15]. Poprzez wydawanie ogólnych zakazów dotyczących poszczególnych praktyk handlowych państwa członkowskie usiłowały w sposób niedopuszczalny rozszerzyć zamkniętą listę zakazanych praktyk handlowych zawartą w załączniku I do dyrektywy [16]. Zagadnienie to było też przedmiotem sprawy sądowej C-540/08 (Mediaprint), która dotyczyła zawartego w austriackim UWG zakazu sprzedaży z dodatkami. W postępowaniu tym Trybunał stwierdził, że dyrektywa sprzeciwia się takiemu, ujętemu jako ogólny zakaz, uregulowaniu krajowemu [17].

B – *Analiza zagadnień prawnych*

34. Pomiędzy tamtą sprawą i niniejszym postępowaniem istnieje o tyle pewne podobieństwo, iż niniejszy wniosek prejudycjalny skierowany jest na to, aby Trybunał stwierdził, czy sporne uregulowanie krajowe dotyczące zapowiedzi wyprzedaży jest również ujęte jako ogólny zakaz stojący w sprzeczności z dyrektywą 2005/29. Nie można jednak przeoczyć, że podniesione zagadnienie zawiera ponadto element proceduralny: Sąd krajowy pragnie się bowiem dowiedzieć, czy zakaz z możliwością pozwolenia przewidziany przez prawo austriackie odpowiada wskazaniom dyrektywy. Związane jest z tym zagadnienie proceduralnej konstrukcji instrumentów do zwalczania nieuczciwych praktyk handlowych, przy czym należy zbadać, czy dyrektywa dopuszcza kontrolę ex ante takich praktyk handlowych ze strony organów administracji. Z uwagi na okoliczność, że kwestia ta nie była do tej pory przedmiotem orzecznictwa Trybunału, zasługuje ona na szczególną analizę.

35. Aby udzielić Trybunałowi odpowiedniej odpowiedzi oraz w celu zachowania przejrzystości podzielę moją analizę pytania prejudycjalnego na trzy różne kompleksy tematyczne. Najpierw zbadam, czy dyrektywa 2005/29 znajduje zastosowanie do przypadku będącego przedmiotem postępowania krajowego i w związku z tym może stanowić kryterium oceny należytej transpozycji prawa Unii do prawa krajowego. Następnie zajmę się wskazanym powyżej zagadnieniem proceduralnym. Na końcu zbadam, czy krajowe przepisy dotyczące zgody na zapowiedzi wyprzedaży odpowiadają materialnoprawnym wymogom tej dyrektywy.

1. Możliwość zastosowania dyrektywy 2005/29

a) Przedmiotowy zakres stosowania

36. Aby sporne uregulowanie krajowe było objęte przedmiotowym zakresem stosowania dyrektywy 2005/29, musi ono dotyczyć praktyk handlowych w obrocie pomiędzy przedsiębiorcami i konsumentami. W kwestii tej należy zwrócić uwagę na to, iż art. 2 lit. d) dyrektywy zdefiniował pojęcie praktyki handlowej za pomocą szczególnie szerokiej definicji jako „każde działanie przedsiębiorcy, jego zaniechanie, sposób postępowania, oświadczenie lub komunikat handlowy, w tym reklamę i marketing, bezpośrednio związane z promocją, sprzedażą lub dostawą produktu do

15 — W ocenie R. Zimmermanna, The present state of European private law, *American Journal of comparative law*, 2009, s. 479, przejście z harmonizacji w zakresie minimalnym do pełnej harmonizacji w niektórych obszarach prawa Unii będzie sprawiać trudności państwom członkowskim. J. Basedow, Der Europäische Gerichtshof und das Privatrecht, *Archiv für die civilistische Praxis*, 2010, s. 190, przyjmuje, iż ta zmiana w podejściu do harmonizacji prowadzić będzie do licznych wniosków o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym skierowanych do Trybunału. Ta przepowiednia zdaje się stopniowo sprawdzać w związku z dyrektywą 2005/29.

16 — Jak trafnie stwierdza H.W. Micklitz, Full Harmonisation of Unfair Commercial Practices under Directive 2005/29, *International review of intellectual property and competition law*, Band 40 (2009), Nr. 4, s. 371, niektóre państwa członkowskie przy wydawaniu dyrektywy 2005/29 nie zdawały sobie do końca sprawy, jak znaczny wpływ będzie miała pełna harmonizacja na ich prawo krajowe.

17 — Zobacz ww. w przypisie 11 wyrok w sprawie Mediaprint, pkt 38.

konsumentów”[18]. Takie działania reklamowe jak te występujące w przypadku będącym przedmiotem postępowania krajowego, które odnoszą się do sprzedaży towarów na rzecz konsumentów po obniżonych cenach z uwagi na szczególne powody, wpisują się jednoznacznie w strategię gospodarczą podmiotu prowadzącego działalność gospodarczą i są bezpośrednio związane z promocją i sprzedażą. Stanowią one zatem praktyki handlowe w rozumieniu powyższej definicji, w związku z czym tego rodzaju przepisy krajowe, jak te będące przedmiotem niniejszego postępowania, które regulują szczegóły wykonywania owych praktyk, są objęte przedmiotowym zakresem stosowania dyrektywy.

b) Podmiotowy zakres stosowania

37. Kwestia, czy sporna regulacja krajowa objęta jest podmiotowym zakresem stosowania dyrektywy 2005/29, zależy od tego, czy podobnie jak sama dyrektywa zmierza ona do realizacji celu ochrony konsumentów. W wyroku w sprawie Mediaprint[19] Trybunał stwierdził, iż regulacja krajowa dotycząca nieuczciwych praktyk handlowych objęta jest zakresem stosowania tej dyrektywy także wówczas, gdy nie zmierza ona wyłącznie do ochrony konsumentów, lecz dąży też do osiągnięcia innych celów. Jak bowiem wynika z motywu 6 tej dyrektywy, zakresem jej stosowania nie są objęte przepisy krajowe w zakresie, w jakim odnoszą się one do nieuczciwych praktyk handlowych szkodzących *jedynie* interesom gospodarczym konkurentów lub dotyczą transakcji między przedsiębiorcami. W związku z tym nawet jeśli uregulowanie dotyczące wyprzedaży zawarte w § 33a i nast. UWG nie zmierzałoby wyłącznie do ochrony konsumentów, lecz także, a nawet przede wszystkim, zmierzałoby do ochrony konkurentów, nie prowadziłoby to do wyłączenia stosowania dyrektywy.

38. W swoim orzecznictwie Trybunał wielokrotnie wskazał[20], że do zadań sądu krajowego, którego obowiązkiem jest również dokonywanie wykładni prawa krajowego, należy ustalenie, czy dany przepis krajowy rzeczywiście służy realizacji celów w zakresie ochrony konsumentów, aby stwierdzić, czy przepis ów może być objęty zakresem zastosowania dyrektywy. W tym kontekście należy stwierdzić, iż sąd krajowy w swoim postanowieniu odsyłającym[21] ograniczył się zasadniczo do ustalenia, że zapowiedź wyprzedaży zgodnie z definicją zawartą w art. 33a ust. 1 UWG stanowi „bez wątpienia praktykę handlową w rozumieniu dyrektywy 2005/29”, zakłada się więc najwyraźniej, że sporne uregulowanie objęte jest zakresem stosowania tej dyrektywy. Tak więc przyjmuje się w sposób dorozumiany, że sporne uregulowanie służy w każdym razie także ochronie konsumentów.

39. Za takim wnioskiem przemawia kilka wskazówek. Tak jak to wynika z wywodów rządu austriackiego[22], stowarzyszenia[23], orzecznictwa sądów austriackich[24] oraz wypowiedzi doktryny[25], celem uregulowania dotyczącego wyprzedaży zawartego w § 33a ust. 1 UWG jest przeciwdziałanie nadużyciom w postaci przeprowadzania pozornych wyprzedaży przy wykorzystaniu silnie oddziaływujących na klientów publicznych zapowiedzi, iż określony przedsiębiorca z uwagi na szczególne, przymuszające okoliczności zmuszony jest do wyprzedaży przy stosowaniu szczególnie korzystnych warunków lub cen. Uregulowanie to obejmuje jedynie zapowiedziane wyprzedaże, zwłaszcza że przez nie powstaje wrażenie szczególnych korzyści związanych z kupnem. Tego rodzaju

18 — Zobacz ww. w przypisie 8 wyrok w sprawach połączonych VTB-VAB i Galatea, pkt 50; ww. w przypisie 9 wyrok w sprawie Plus Warenhandelsgesellschaft, pkt 36; ww. w przypisie 11 wyrok w sprawie Mediaprint, pkt 17; postanowienie z dnia 30 czerwca 2011 r. w sprawie C-288/10 Wamo, Zb.Orz. s. I-5835, pkt 30.

19 — Wyżej wymieniony w przypisie 11 wyrok w sprawie Mediaprint, pkt 21–24.

20 — Zobacz ww. w przypisie 18 postanowienie w sprawie Wamo, pkt 28.

21 — Zobacz s. 7 postanowienia odsyłającego.

22 — Zobacz pkt 7, 8 pisma procesowego rządu austriackiego.

23 — Zobacz pkt 6 pisma procesowego stowarzyszenia.

24 — Zobacz wyroki: Verwaltungsgerichtshof (austriacki naczelny sąd administracyjny) z dnia 25 lutego 1993 r., sygnatura akt: 93/04/0011, z dnia 14 kwietnia 1999 r., sygnatura akt: 98/04/0159, opublikowany pod numerem: 15123 A/1999; wyrok Oberster Gerichtshof (austriacki sąd najwyższy) z dnia 25 marca 2003 r., sygnatura akt: 4Ob48/03t.

25 — Zobacz D. Duursma, w: *UWG – Kommentar* (Hrsg. M. Gumpoldsberger, P. Baumann), Wien 2006, §33a, Randnr 1, s. 1185; L. Wiltschek, *UWG – Kommentar*, 2. Aufl., Wien 2007, §33a–f, Randnr 1, s. 1034; R. Feik, *Öffentliches Wirtschaftsrecht* (Hrsg. M. Holoubek, M. Potacs), Wiedeń 2002, s. 177.

zapowiedzi mogą w łatwy sposób prowadzić do psychologicznego oddziaływania na potencjalnych klientów i mogą być nadużywane na niekorzyść konkurentów. Aby temu przeciwdziałać, § 33a ust. 1 UWG wiąże dopuszczalność takich zapowiedzi z uzyskaniem uprzedniego zezwolenia administracyjnego. W ten sposób uwzględnia się z jednej strony ochronę przedsiębiorców i konkurentów przed nieuczciwą konkurencją, a z drugiej strony uwzględnia się ochronę klientów przed psychicznym oddziaływaniem.

40. W konsekwencji należy przyjąć, przynajmniej dla potrzeb niniejszego postępowania, iż sporne uregulowanie jest także objęte podmiotowym zakresem stosowania dyrektywy 2005/29, co jednak musi jeszcze zostać potwierdzone przez sąd krajowy.

c) Brak zachodzenia wyjątku

41. Możliwość zastosowania dyrektywy 2005/29 może zostać jednak przyjęta dopiero wtedy, jeżeli do przypadku będącego przedmiotem postępowania krajowego nie znajduje zastosowania żaden wyjątek. W swoich wywodach stowarzyszenie kwestionuje możliwość zastosowania tej dyrektywy, powołując się na jej art. 3 ust. 8. Zgodnie z tym przepisem, który wyłącza niektóre zagadnienia z przedmiotowego zakresu stosowania dyrektywy 2005/29, „dyrektywa pozostaje bez uszczerbku dla wszelkich […] warunków udzielania zezwoleń oraz dla […] innych szczególnych przepisów dotyczących zawodów regulowanych”. Stowarzyszenie wyprowadza z tego wniosek, iż uregulowania dotyczące zezwoleń, takich jak zastrzeżenia oceny na rzecz organów administracji, włącznie z uregulowaniem zawartym w § 33a ust. 1 i nast. UWG, obejmujące przeprowadzane przez właściwy organ administracji postępowania w sprawie udzielenia zgody włącznie z konieczną treścią tego zezwolenia, nie są objęte zakresem stosowania dyrektywy 2005/29. Wywodom tym należy jednak przeciwstawić argument, iż przypadek będący przedmiotem postępowania krajowego nie dotyczy szczególnego krajowego uregulowania skierowanego do „zawodów regulowanych” w rozumieniu tego przepisu. W związku z tym nie zachodzi wyjątek od stosowania dyrektywy 2005/29.

d) Wniosek wstępny

42. Po powyższych wywodach należy stwierdzić, że w przypadku będącym przedmiotem postępowania krajowego nic nie wskazuje na to, iż dyrektywa 2005/29 nie znajduje zastosowania. Zbadanie tego zagadnienia jest jednakże obowiązkiem sądu krajowego.

2. Proceduralne zagadnienia pytania prejudycjalnego

43. Po stwierdzeniu, iż dyrektywa 2005/29 zasadniczo znajduje zastosowanie, należy zbadać, czy austriacki ustawodawca przy tworzeniu proceduralnych środków do wyegzekwowania dyrektywy w kraju uwzględnił zawarte w niej wskazania prawa Unii. Wobec tego, że z odesłaniem prejudycjalnym związane są różnorodne zagadnienia prawne, zajmę się nimi po kolei, w celu zapewnienia przejrzystości wywodu.

a) Kompetencja kontrolna krajowych organów administracji

44. Pierwszym zagadnieniem natury proceduralnej, jakie pojawia się w związku z wnioskiem o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym, jest pytanie, czy dyrektywa 2005/29 dopuszcza ocenę praktyk handlowych przez organy administracji pod kątem ich uczciwości. Odpowiedź na to pytanie wynika w mojej ocenie z treści art. 11 i 12 tej dyrektywy, wedle których państwa członkowskie zostają upoważnione do wprowadzenia postępowań sądowych lub przed organami administracji w celu zwalczania nieuczciwych praktyk handlowych, aby wyegzekwować przestrzeganie tej dyrektywy. Alternatywność obu rodzajów postępowań, która jest wyraźnie wyrażona w brzmieniu („sądy lub organy administracyjne”) poszczególnych postanowień, ukazuje, że wybór odpowiedniego

postępowania został zasadniczo pozostawiony do uznania państw członkowskich [26]. Uwzględniając powyższe, należy stwierdzić, iż dyrektywa 2005/29 dopuszcza, że na organy administracji zostanie przeniesione zadanie oceny praktyk handlowych pod kątem ich uczciwości.

b) Właściwość organu administracji w zakresie kontroli dokonywanej ex ante

45. Kolejnym zagadnieniem proceduralnym powstającym w związku z niniejszym postępowaniem jest, jak już podkreślono, kwestia, czy dyrektywa 2005/29 zezwala na dokonywanie przez organy administracji kontroli ex ante praktyk handlowych. W kwestii tego zagadnienia należy stwierdzić, tak jak na to słusznie wskazał sąd krajowy w postanowieniu odsyłającym [27], iż dyrektywa w każdym razie nie zakazuje tego wprost. Z dyrektywy 2005/29 nie wynika jednoznacznie, że dopuszcza ona tylko kontrolę ex post i dlatego wyłącza w odniesieniu do określonych praktyk możliwość uprzedniego udzielenia zezwolenia przez organ administracji. Tak jak to przedstawię poniżej, w drodze wykładni, przy uwzględnieniu brzmienia i systematyki właściwych przepisów, można znaleźć nawet argumenty przemawiające za zgodnością takiej przeprowadzanej ex ante kontroli z dyrektywą.

46. Najpierw należy stwierdzić, że z centralnego przepisu zawartego w art. 11 ust. 1 akapit pierwszy dyrektywy 2005/29 na gruncie prawa Unii wynika obowiązek państw członkowskich do zapewnienia „w interesie konsumentów odpowiednich[e] i skutecznych[e] środków[i] zwalczania nieuczciwych praktyk w celu zapewnienia zgodności z przepisami niniejszej dyrektywy". Oznacza to, iż stosowany przez państwo członkowskie środek jest tylko wtedy zgodny z dyrektywą, jeżeli środek ten jest „odpowiedni" i „skuteczny" do osiągnięcia celu w postaci zlikwidowania nieuczciwych praktyk handlowych. Przez takie ujęcie, tak jak to już przedstawiłam w mojej opinii w sprawie Banco Español de Crédito [28], przyznaje się państwom członkowskim szerokie uprawnienia dyskrecjonalne [29], zwłaszcza

26 — Zobacz T. Holzmayr-Schrenk, *Die Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken*, München 2010, s. 68, w którego ocenie dyrektywa 2005/29 zmierza co prawda do pełnej harmonizacji, jednakże w zakresie zwalczania nieuczciwych praktyk handlowych nie narzuca określonego systemu. C. Stolze, *Harmonisierung des Lauterkeitsrechts in der EU – Unter besonderer Berücksichtigung der Sanktionssysteme*, Hamburg 2010, s. 159, wskazuje na art. 11 i 12 dyrektywy 2005/29, z których wynika, że państwa członkowskie mogą swobodnie ukształtować ochronę przed nieuczciwymi praktykami handlowymi w trybie administracyjnym lub cywilnoprawnym. C. Alexander, Die Sanktions- und Verfahrensvorschriften der Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken im Binnenmarkt – Umsetzungsbedarf in Deutschland?, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht – Internationaler Teil*, 2005, s. 810, wskazuje na to, że prawo Unii do tej pory jedynie selektywnie ujednoliciło przepisy sankcyjne i proceduralne państw członkowskich i że nie narzuca ono określonego systemu zwalczania nieuczciwych praktyk handlowych. Dyrektywa 2005/29 nie zmienia nic w zakresie akceptacji przez prawo Unii różnych systemów tworzenia prawa. Nadal do kompetencji krajowych ustawodawców należy zagadnienie, czy zwalczanie nieuczciwych praktyk handlowych następuje w trybie administracyjnym, karnym lub cywilnoprawnym. L. Ciatti, La tutela amministrativa e giurisdizionale, *La pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori* (ed. Giovanni De Cristofaro), Torino 2007, s. 267, wyjaśnia, iż podczas gdy dyrektywa 2005/29 charakteryzuje się dużym stopniem szczegółowości i precyzji w zakresie wymogów materialnoprawnych skierowanych do krajowego prawa transpozycyjnego, to sytuacja taka nie występuje w odniesieniu do mechanizmów wymuszających i sankcyjnych, zwłaszcza że krajowemu ustawodawcy przyznano szeroki zakres uznania w tym zakresie.

27 — Zobacz pkt 3 postanowienia odsyłającego.

28 — Zobacz moją opinię z dnia 14 lutego 2012 r. w sprawie C-618/10 (wyrok z dnia 14 czerwca 2012 r.), pkt 105.

29 — Zobacz C. Stolze, op.cit. (ww. w przypisie 26), s. 158, zdaniem którego elastyczne brzmienie dyrektywy 2005/29 pozostawia państwom członkowskim szerokie możliwości określania środków przy wdrażaniu przepisów wykonawczych w rozumieniu art. 11 i nast. Podobnie też E. Koch, *Die Richtlinie gegen unlautere Geschäftspraktiken – Aggressives Geschäftsgebaren in Deutschland und England und die Auswirkungen der Richtlinie*, Hamburg 2006, s. 55. Zobacz F. Henning-Bodewig, Die Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht – Internationaler Teil*, 2005, s. 633, która wskazuje na to, że dyrektywa 2005/29 zasadniczo powtarza postanowienia dyrektywy 84/450/EWG. Postanowienia te – jak wiadomo – pozostawiały szeroką swobodę dla różnego rodzaju systemów cywilnoprawnych, karnych i administracyjnych, tak długo jak tylko zwalczały one nieuczciwą konkurencję w sposób adekwatny i efektywny. Dalej idąca harmonizacja pomiędzy systemami, które właśnie w zakresie egzekwowania prawa są bardzo zróżnicowane, nie została osiągnięta przez dyrektywę. G. De Cristofaro, 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, s. 1023, ubolewa nad faktem istnienia różnych uregulowań wydanych na podstawie art. 11 dyrektywy 2005/29 i wnioskuje z tego, iż nie powiódł się ambitny plan pełnej harmonizacji porządków prawnych państw członkowskich w zakresie nieuczciwych praktyk handlowych.

że teoretycznie wchodzą w rachubę różnorodne środki spełniające obie przesłanki. W konsekwencji wyłączone są jedynie oczywiście nieodpowiednie i bezskuteczne środki. Przepis ten uwzględnia, tak jak ma to miejsce także w przypadku innych instrumentów prawnych w dziedzinie ochrony konsumentów [30], zróżnicowanie tradycji prawnych w poszczególnych państwach członkowskich.

47. Dyrektywa 2005/29 określa w art. 11 ust. 1 i 2, jakie konkretne środki wchodzą w rachubę, przewidując na przykład uprawnienie osób lub organizacji uznawanych na mocy prawa krajowego za mające uzasadniony interes w zwalczaniu nieuczciwych praktyk handlowych do wszczęcia postępowania sądowego w odniesieniu do takich nieuczciwych praktyk handlowych [31] lub do wszczęcia takiego postępowania przed organem administracji. Ponadto art. 11 ust. 2 przewiduje szereg uprawnień dla sądów krajowych lub krajowych organów administracji, w które muszą one zostać wyposażone, aby zakazywać nieuczciwych praktyk sądowych. Do tego dochodzi zapewnienie ochrony w drodze postępowania zapobiegawczego oraz nakazywanie środków mających na celu likwidację skutków takich praktyk handlowych. Okoliczność, iż lista tych środków nie jest w żaden sposób wyczerpująca [32], lecz przedstawia najwyżej standard minimalny [33], który powinien zostać dochowany przez wszystkie państwa członkowskie, wynika, po pierwsze, z centralnego przepisu zawartego w art. 11 ust. 1 akapit pierwszy, który używa ogólnego pojęcia „środki", bez odwoływania się do konkretnych działań. Przepis ten zostaje doprecyzowany dopiero przez postanowienia zawarte w akapicie drugim, z którego wynika, iż pojęcie środki „obejmuje" działania, które zostały w dalszej kolejności bliżej opisane. Brzmienie tego przepisu wskazuje na to, że państwa członkowskie w każdym razie muszą wprowadzić do swoich porządków prawnych środki, które zostały wprost wskazane. Nie jest jednak dopuszczalny wniosek, że zostało im zakazane wprowadzanie innych, być może równie odpowiednich i skutecznych postępowań lub środków prawnych.

48. Ponadto art. 11 ust. 2 lit. b) przewiduje wprost uprawnienie organów administracji do zakazania nieuczciwej praktyki handlowej, która „nie została jeszcze zastosowana, ale jej zastosowanie jest bliskie". Odnosi się to do prewencyjnych zakazów administracyjnych. Zarówno podobieństwo do tego mechanizmu prewencyjnego zakazu, jak i brak wyczerpującego określenia działań skierowanych na zwalczanie nieuczciwych praktyk handlowych sugerują już zgodność mechanizmu kontroli dokonywanej ex ante z dyrektywą 2005/29. To samo dotyczy kwestii spełnienia kryteriów zdatności i skuteczności w art. 11 ust. 1 akapit pierwszy tej dyrektywy, zwłaszcza że nie można mieć wątpliwości, iż możliwie wczesne rozpoznanie nieuczciwych praktyk handlowych przyczynia się do ich zapobiegania, zanim doprowadzą one do zakłóceń rynkowych.

49. W tym kontekście w mojej ocenie znaczenie mają wywody rządu austriackiego [34] dotyczące ustawowego celu regulacji o zapowiedzi wyprzedaży. Wskazuje on, iż przy wyprzedażach objętych obowiązkiem uzyskania uprzedniego zezwolenia na podstawie § 33a i nast. UWG kontrola wykonywana ex post nie byłaby skuteczna, gdyż w większości przypadków przedsiębiorstwo przestaje istnieć po zakończeniu wyprzedaży. Obejmuje to zgodnie z § 33a UWG „wszelkie publiczne ogłoszenia lub komunikaty przeznaczone dla większej grupy osób, które pozwalają stwierdzić zamiar

30 — Brzmienie art. 11 i 12 dyrektywy 2005/29 jest identyczne jak brzmienie art. 4–6 dyrektywy Rady 84/450/EWG z dnia 10 września 1984 r. dotyczącej reklamy wprowadzającej w błąd i reklamy porównawczej (Dz.U. L 250, s. 17). Artykuł 11 ust. 1 dyrektywy 2005/29 wykazuje zaś pewne podobieństwo do art. 7 ust. 1 dyrektywy Rady 93/13/WE w sprawie nieuczciwych warunków w umowach konsumenckich (Dz.U. L 95, s. 29), zgodnie z którym „państwa członkowskie zapewnią stosowne i skuteczne środki mające na celu zapobieganie stałemu stosowaniu nieuczciwych warunków w umowach zawieranych przez sprzedawców i dostawców z konsumentami". Zobacz odnośnie do tej kwestii moje wywody w opinii z dnia 6 grudnia 2011 r. w sprawie C-472/10 Invitel (wyrok z dnia 26 kwietnia 2012 r.), pkt. 38.

31 — Zobacz odnośnie do znaczenia skarg organizacji w prawie ochrony konsumentów ww. w przypisie 30 moją opinię w sprawie Invitel, pkt 36 i nast.

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

33 — Zobacz moją opinię z dnia 14 lutego 2012 r. w sprawie C-618/10 Banco Español de Crédito, pkt 105. Zob J. Stuyck, Enforcement of consumer rights and legal redress for consumers in the EU: An institutional model, *New frontiers of consumer protection*, eds. F. Cafaggi, H.W. Micklitz, Oxford 2009, s. 72 i nast., który z jednej strony zwraca uwagę na kompetencje państw członkowskich w zakresie swobodnego określania możliwości dochodzenia praw na poziomie krajowym, a z drugiej strony na okoliczność, że dyrektywa 2005/29 określa pewne minimalne standardy unijne, których państwa członkowskie muszą bezwzględnie przestrzegać.

34 — Zobacz pkt 18 pisma rządu austriackiego.

zbycia w sposób przyspieszony większych ilości towaru w ramach indywidualnej sprzedaży i jednocześnie mogą wywołać wrażenie, że przedsiębiorca jest zmuszony wskutek szczególnych okoliczności do szybkiej sprzedaży i w związku z tym oferuje swoje towary na nadzwyczaj korzystnych warunkach lub po nadzwyczaj korzystnych cenach. Ogłoszenia lub komunikaty zawierające słowa »wyprzedaż«, »sprzedaż likwidacyjna«, »sprzedaż w związku z zamknięciem sklepu«, »szybka sprzedaż«, »sprzedaż po cenach okazyjnych«, »opróżniamy magazyn« lub słowa o podobnym znaczeniu są uważane w każdym razie za zapowiedz wyprzedaży".

50. Niezależnie od kwestii, czy takie publiczne ogłoszenia powinny zostać zakwalifikowane jako „nieuczciwe praktyki handlowe" w rozumieniu dyrektywy 2005/29, przy czym rozstrzygnięcie tego zagadnienia następuje w ramach indywidualnej oceny konkretnego przypadku, wydaje się, że wczesna ingerencja organów administracji jest uzasadniona przez wskazane okoliczności wyprzedaży, które uzasadniają szczególny pośpiech. W ten sposób uregulowanie tworzące kompetencję organów administracji do kontroli wykonywanej ex ante spełnia przesłanki zdatności i skuteczności w rozumieniu art. 11 ust. 1 akapit pierwszy dyrektywy 2005/29.

51. W związku z tym dyrektywa 2005/29 zasadniczo dopuszcza, aby państwa członkowskie przyznały organom administracji kompetencje do wykonywania kontroli ex ante praktyk handlowych.

c) Zgodność z dyrektywą opatrzonego sankcją zakazu z możliwością pozwolenia

52. Jeżeli przyznaje się państwom członkowskim takie uprawnienie, to konsekwentnie należy upoważnić je także do takiego ukształtowania prawa krajowego, iż stosowanie określonych, być może nieuczciwych praktyk handlowych, zostanie poddane ustawowemu zakazowi z możliwością udzielenia pozwolenia. Zasadniczo nie stanowi naruszenia dyrektywy 2005/29, jeżeli przedsiębiorcy zostaną zobowiązani na mocy ustawy do uzyskania zezwolenia organu administracji przed przeprowadzeniem wyprzedaży, zwłaszcza że ten ustawowy wymóg stanowi jedynie pewną technikę proceduralną, która ma służyć temu, by umożliwić organom administracji przeprowadzenie kontroli ex ante. Bez znajomości okoliczności, iż przedsiębiorca zamierza zapowiedzieć wyprzedaż, przeprowadzanie kontroli byłoby, tak jak na to wskazano już powyżej [35], najprawdopodobniej bezcelowe. W tym zakresie taka konstrukcja krajowego postępowania czyni zadość wynikającym art. 11 ust. 1 akapit pierwszy dyrektywy wymogom zdatności i skuteczności w zwalczaniu nieuczciwych praktyk handlowych.

53. Ponadto w dyrektywie 2005/29 nic nie przemawia przeciwko temu, aby państwa członkowskie, konstruując przepisy regulujące procedurę ustawowego zakazu z możliwością pozwolenia, mogły przewidzieć, iż w przypadku naruszenia tego zakazu organy administracji mogą ograniczyć się do stwierdzenia braku zgody, bez merytorycznego rozstrzygania sprawy w tym stadium postępowania. Powyższe obowiązuje jednak jedynie z tym zastrzeżeniem, że przedsiębiorca musi mieć następnie możliwość przeprowadzenia zwykłego postępowania administracyjnego i złożenia wniosku o udzielenie zezwolenia na zapowiedź wyprzedaży, tak aby sprawa mogła zostać merytorycznie rozstrzygnięta; przy czym poniżej przyjmuje się, iż taka sytuacja ma miejsce.

54. Tylko bowiem w takim przypadku konstrukcja ustawowego zakazu z możliwością pozwolenia byłaby elementem proceduralnego mechanizmu do zapewnienia kontroli ex ante. Jeżeli przedsiębiorca nie miałby takiej możliwości – na co jednakże w przypadku będącym przedmiotem postępowania krajowego nic nie wskazuje – konstrukcja ta działałaby jak ostateczny zakaz, co byłoby równoważne z ogólnym zakazem określonych praktyk handlowych, do czego brak jest podstawy prawnej w dyrektywie 2005/29. Taki ostateczny zakaz byłby nie tylko sprzeczny z liberalnym podejściem dyrektywy skierowanym na rzecz wolności prowadzenia działalności gospodarczej przez

35 — Zobacz pkt 49 niniejszej opinii.

przedsiębiorcę [36], ale też ze strukturą regulacji zawartych w tej dyrektywie, zgodnie z którą praktyki handlowe są zasadniczo dozwolone, o ile nie spełniają kryteriów do uznania ich za nieuczciwe. Jak bowiem stwierdził Trybunał w wyroku w sprawie Mediaprint, gdy praktyka handlowa objęta zakresem zastosowania dyrektywy nie widnieje w załączniku I do tej dyrektywy, praktyka ta może być uważana za nieuczciwą i tym samym zostać zakazana tylko w następstwie konkretnej analizy, w szczególności w świetle kryteriów wymienionych w art. 5–9 dyrektywy [37]. Poza tym byłaby to też niewspółmierna sankcja w odniesieniu do celu polegającego na zapewnieniu wykonania dyrektywy 2005/29. Problematyką tą zajmę się bliżej w ramach oceny zagadnień materialnoprawnych.

55. Okoliczność, iż naruszenia karane są na podstawie § 33f UWG karą pieniężną, nie przemawia sama przez się za niezgodnością z dyrektywą 2005/29, zwłaszcza że art. 13 dyrektywy wyraźnie zobowiązuje państwa członkowskie do ustanowienia sankcji „za naruszenie przepisów krajowych przyjętych w celu wykonania niniejszej dyrektywy". Ponadto to postanowienie dyrektywy przewiduje, że państwa członkowie „podejmują wszelkie niezbędne działania" w celu zapewnienia egzekwowania dyrektywy. Sankcje te muszą być „skuteczne, proporcjonalne i odstraszające" [38]. Uwzględniając okoliczność, że zagrożenie karą pieniężną zasadniczo nadaje się do tego, aby przymusić przedsiębiorcę do zachowania zgodnego z prawem, oraz do zgłaszania organom administracji każdej – w tym także spełniającej przesłanki do uznania jej za nieuczciwą praktykę handlową – zapowiedzi wyprzedaży, nie ma wątpliwości, że taka sankcja jest skuteczna i zarazem odstraszająca. Brak jest także przesłanek do przyjęcia, iż taka kara pieniężna byłaby niewspółmierna w stosunku do zamierzonego celu, tj. zwalczania nieuczciwych praktyk handlowych.

d) Sądowa kontrola orzeczeń administracyjnych

i) Zarys problemu

56. Innym proceduralnym aspektem podnoszonym przez sąd krajowy w jego wniosku jest zagadnienie zakresu kompetencji sądów krajowych do rozpoznawania spraw w ramach skarg konkurentów o zaniechanie wnoszonych na podstawie § 34 ust. 3 UWG. Sąd zmierza zasadniczo do ustalenia, czy sąd krajowy może na podstawie ustawy zostać zobowiązany do zakazania zapowiedzi wyprzedaży wyłącznie z tego powodu, iż przedsiębiorca nie posiada zezwolenia na dokonanie zapowiedzi, bez obowiązku przeprowadzania w tym postępowaniu badania, czy ta praktyka handlowa ma charakter wprowadzający w błąd, agresywny lub też jest z innego powodu nieuczciwa.

57. Udzielając odpowiedzi na to pytanie, należy w pierwszej kolejności uwzględnić skutki prawne, jakie taki sądowy zakaz wywołuje w krajowym porządku prawnym. Regulacja o charakterze proceduralnym tego rodzaju, jak rozpatrywana w niniejszej sprawie, nie odpowiada w każdym razie wymogom dyrektywy wówczas, gdy prowadzi do ostatecznego zakazu określonych praktyk handlowych bez uprzedniego stwierdzenia w ramach indywidualnego badania, iż mają one charakter nieuczciwy. W niniejszej opinii zwrócono już uwagę na niezbędny wymóg dokonania indywidualnej oceny jako przesłanki dla możliwości nałożenia odpowiedniego zakazu [39].

36 — Zobacz moje opinie z dnia 21 października 2008 r. w sprawach połączonych VTB-VAB i Galatea, pkt 81; z dnia 24 marca 2010 r. w sprawie Mediaprint (wyrok ww. w przypisie 11), pkt 74.

37 — Zobacz ww. w przypisie 11 wyrok w sprawie Mediaprint, pkt 43.

38 — Aby nie przyjmować, iż prawodawca Unii stworzył zbyteczną podwójną regulację, można potraktować art. 13 dyrektywy 2005/29 jako specjalną wskazówkę dla określenia w prawie krajowym skutków prawnych (sankcji) za działania sprzeczne z uczciwymi praktykami handlowymi, podczas gdy art. 11 ust. 1 akapit pierwszy dyrektywy skierowany jest na zagadnienia związane z wyegzekwowaniem dyrektywy i zagadnienie proceduralne. Jednakże w tekście dyrektywy nie przeprowadzono konsekwentnie ścisłego rozdzielenia obu tych obszarów, co jednak ma podrzędne znaczenie dla zagadnień związanych z transpozycją dyrektywy do prawa krajowego. Podobnie C. Alexander, Die Sanktions- und Verfahrensvorschriften der Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken im Binnenmarkt – Umsetzungsbedarf in Deutschland?, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht – Internationaler Teil*, 2005, s. 811.

39 — Zobacz pkt 53 niniejszej opinii.

58. W ramach moich wywodów wyjaśnię poniżej, iż możliwe są konstelacje, w których dokonanie takiego badania nie jest w pełni zapewnione. W tym zakresie dyrektywa 2005/29 zabraniałaby państwom członkowskim nakazywania w takich przypadkach ich sądom w drodze ustawy, by ograniczały dokonywaną przez nie ocenę do kwestii przestrzegania obowiązku uzyskania uprzedniego zezwolenia.

ii) Uznanie państw członkowskich w zakresie konstruowania zagadnień proceduralnych

59. Przed omówieniem owych szczególnych przypadków należy wyjaśnić kilka aspektów z zakresu kompetencji państw członkowskich do kształtowania skarg o zaniechanie. Należy przede wszystkim zbadać zagadnienie, jakiego rodzaju kontroli prawnej powinny dokonywać sądy krajowe właściwe do rozpatrywania takich skarg. Innymi słowy, czy sądy rozpatrujące skargi o zaniechanie mogą ograniczyć się do badania przestrzegania jednego wymogu formalnego, takiego jak udzielenie uprzedniego zezwolenia, czy też są one na mocy prawa Unii zobowiązane do oceny, czy sporna praktyka handlowa jest rzeczywiście nieuczciwa w rozumieniu dyrektywy 2005/29?

60. Jak to już przedstawiono powyżej, państwom członkowskim przysługuje szeroki zakres uznania w zakresie proceduralnego ukształtowania instrumentów do zwalczania nieuczciwych praktyk handlowych w obrocie gospodarczym [40]. Jeżeli przyzna się państwom członkowskim – tak jak to ma miejsce w niniejszej opinii – na gruncie prawa Unii uprawnienie do kontroli uczciwości zachowań w obrocie gospodarczym za pomocą kompetencji do wykonywania ocen ex ante, to konsekwentnie należy im przyznać także w ramach ich krajowych porządków prawnych kompetencję do tego, by sądy w ramach rozpatrywania skarg o zaniechanie mogły stosować takie same kryteria jak organy administracji. Jest to tym bardziej trafne, gdy sądowy zakaz zapowiedzi wyprzedaży wydany na podstawie skargi konkurenta opartej o § 34 ust. 3 UWG służy zasadniczo temu, by zabezpieczyć skuteczność ustawowej konstrukcji, takiej jak będąca przedmiotem niniejszego postępowania, za pomocą sądownictwa powszechnego [41]. Skargi o zaniechanie są niczym innym niż „środkami" w rozumieniu art. 11 dyrektywy 2005/29, z których mogą korzystać konkurenci, aby karcić naruszenia obowiązku uzyskania uprzedniego zezwolenia. Ustawowa groźba wydania sądowego zakazu służy ostatecznie, jak przekonująco wykazało stowarzyszenie w swoich wywodach ustnych, do przymuszenia przedsiębiorcy do przestrzegania postępowania w sprawie uzyskania zezwolenia uregulowanego w § 33b UWG.

61. W celu spójnego kształtowania ochrony prawnej na poziomie krajowym konieczne jest, aby organy administracji i sądy stosowały takie same kryteria przy ocenie, czy przedsiębiorca nie naruszył prawa. Jeżeli przedsiębiorca naruszył wynikający z § 33b UWG obowiązek uzyskania uprzedniego zezwolenia, jest zasadniczo uzasadnione, aby prawo krajowe przewidywało, że sądowa kontrola w ramach postępowania na podstawie § 34 ust. 3 UWG jest ograniczona do zagadnienia, czy planowana zapowiedź zgodnie z prawem krajowym objęta była obowiązkiem uzyskania uprzedniego zezwolenia i czy uzyskano odpowiednie zezwolenie, bez konieczności jednoczesnego orzekania przez sąd w kwestii nieuczciwego charakteru danej praktyki handlowej.

62. Należy więc stwierdzić, że dyrektywa 2005/29 zasadniczo zezwala państwom członkowskim przewidzieć w ustawie, iż sądy krajowe w ramach skarg o zaniechanie muszą ograniczyć swoją kontrolę do oceny przestrzegania obowiązku uzyskania uprzedniego zezwolenia.

40 — Zobacz pkt 46 niniejszej opinii.

41 — Tak jak wynika to z § 34 ust. 3 UWG roszczenie o zaniechanie może być dochodzone jedynie przed sądami powszechnymi, zatem przed sądami cywilnymi. Dla powstania roszczenia o zaniechanie na podstawie tego przepisu jest bez znaczenia wina, czy też zamiar uzyskania przewagi nad konkurentami przez naruszenie prawa. To samo dotyczy roszczenia o usunięcie skutków wynikającego z § 15 UWGG. Ponadto w przypadku naruszenia przepisów wykonawczych z rozdziału II, do których zalicza się też sporne postanowienia, wchodzi w rachubę zarządzenie środków zabezpieczających na podstawie § 24 UWGG. Zobacz D. Duursma, w: *UWG – Kommentar*, (Hrsg. M. Gumpoldsberger, P. Baumann), Wien 2006, §34, Randnr. 4, s. 1203.

iii) Zakaz nieuwzględniania obowiązku dokonywania indywidualnej oceny

63. Swoboda przyznana państwom członkowskim w zakresie kształtowania takich „środków" nie jest jednak nieograniczona. Może ona być wykorzystana jedynie w granicach ustalonych przez dyrektywę 2005/29. W odniesieniu do problematyki, która jest przedmiotem zainteresowania, oznacza to, że skargi o zaniechanie w żadnym razie nie mogą być ukształtowane w sposób, który uniemożliwia realizację w postępowaniu sądowym lub w okresie późniejszym wynikającego z prawa Unii obowiązku do dokonywania indywidualnej oceny.

64. Zgodnie z wcześniejszymi wywodami dotyczącymi postępowania administracyjnego [42] sądowy zakaz nie może prowadzić do tego, że przedsiębiorcy zamknięta zostanie na przykład droga do przeprowadzenia należytego postępowania administracyjnego oraz do złożenia wniosku o udzielenie zezwolenia. Dopiero w takim przypadku zakaz sądowy nie spełniałby funkcji instrumentu zapewniającego przestrzeganie administracyjnej kontroli ex ante w prawie procesowym. Przeciwnie, byłby to ostateczny zakaz sądowy, równoważny z ogólnym zakazem wykonywania określonych praktyk handlowych.

65. W świetle tych rozważań uregulowanie krajowe takie jak to, o którym mowa w niniejszej sprawie, byłoby w każdym razie wtedy niezgodne z dyrektywą o nieuczciwych praktykach handlowych, jeżeli brak uzyskania uprzedniego zezwolenia prowadziłby bezpowrotnie do zakazu danej praktyki handlowej bez dokonywania materialnej oceny jej uczciwości w postępowaniu sądowym lub administracyjnym. Innymi słowy, przedsiębiorca musi mieć zapewnioną możliwość doprowadzenia do indywidualnej merytorycznej oceny jego sprawy w postępowaniu sądowym lub administracyjnym, także w przypadku, jeżeli początkowo naruszył przepisy postępowania i nie uzyskał uprzedniego zezwolenia. Z takiego zachowania nie może wynikać w sposób konieczny trwały zakaz praktyki handlowej, która sama w sobie jest uczciwa. Od tego zagadnienia należy odróżnić kwestię, czy jest dopuszczalne nakładanie sankcji na przedsiębiorcę już z tego powodu, że naruszył on krajowe przepisy dotyczące procedury. Nałożenie takiej sankcji nie może być zasadniczo kwestionowane w ramach autonomii w zakresie procedury, która została przyznana państwom członkowskim przez dyrektywę 2005/29 [43]. Należałoby jednak zakwestionować takie rozwiązanie, w którym krajowe przepisy proceduralne pod względem prawnym lub faktycznym uniemożliwiałby wykonywanie uczciwej, a zatem zgodnej z prawem praktyki handlowej [44].

66. Podwyższone ryzyko uniemożliwienia wykonywania praktyk handlowych istniałoby w takich sytuacjach, w których czynnik czasu ma szczególne znaczenie dla przedsiębiorcy. Taka sytuacja występuje w przypadku wyprzedaży artykułów sezonowych [45], które z natury rzeczy mogą znaleźć nabywców jedynie w określonych porach roku. Sądowy zakaz zapowiedzi wyprzedaży na daną porę roku wyłącznie z uwagi na brak uprzedniego zezwolenia miałby faktycznie skutek absolutnego zakazu. Co prawda przedsiębiorca mógłby zasadniczo występować później o udzielenie mu zezwolenia, jednakże wyprzedaż dokonywana poza sezonem nie miałaby dla niego sensu. Tak więc każde orzeczenie sądu, w którym stwierdzono wyłącznie naruszenie obowiązku uzyskania uprzedniego zezwolenia, prowadziłoby do trwałego zakazu zachowania, które samo w sobie jest nieszkodliwe.

42 — Zobacz pkt 53 tej opinii.

43 — Zobacz pkt 55 tej opinii.

44 — Postępowanie cywilne państw członkowskich nie jest w żadnym razie niezależne od wskazań prawa Unii. Przede wszystkim nie może ono praktycznie uniemożliwiać lub udaremniać wykonywania praw ustanowionych przez prawo Unii. Musi ono przewidywać środki prawne, które umożliwiają skuteczną realizację prawa Unii. Zobacz B. Hess, *Europäisches Zivilprozessrecht*, Heidelberg 2010, § 11, s. 621, Randnr. 7. Odnośnie do występującej tutaj problematyki należy stwierdzić, iż cel dyrektywy 2005/29 zostałby udaremniony, jeżeli dopuszczono by do tego, że sama w sobie uczciwa praktyka handlowa zostałaby ostatecznie zabroniona jedynie z tego powodu, iż nie przestrzegano wymogu proceduralnego (w tym przypadku: obowiązku uzyskania uprzedniej zgody). Przy tworzeniu procedur powinno harmonizować się interesy ustawodawcy krajowego (w tym przypadku: terminowe zgłoszenie organom administracji potencjalnie nieuczciwej praktyki handlowej) z interesem prawodawcy Unii polegającym na tym, aby jedynie zakazywać praktyk handlowych, które są rzeczywiście nieuczciwe. Aby zapewnić, że określona pozycja prawna (w tym przypadku: swobodne wykonywanie uczciwych praktyk handlowych) nie zostanie w sposób nieodwracalny naruszona, ustawodawca krajowy musi udostępnić konieczne środki prawne.

45 — Należą do nich m.in. takie artykuły, które są wykorzystywane z okazji tradycyjnych świąt, takich jak Boże Narodzenie, Sylwester, karnawał i Wielkanoc (np. dekoracje, kostiumy, żywność, fajerwerki).

Tymczasem należy uwzględnić, iż orzeczenie trwałego zakazu jedynie na podstawie nieprawidłowości proceduralnej jest sprzeczne z celem dyrektywy 2005/29, skierowanym na to, by zakazywać jedynie rzeczywiście agresywnych, wprowadzających w błąd lub też w inny sposób nieuczciwych praktyk handlowych.

67. Ustawodawca austriacki zdaje się uwzględniać tę specyficzną sytuację przez to, iż z góry wyłączył z obowiązku uzyskania uprzedniego zezwolenia tzw. wyprzedaże w związku z zakończeniem sezonu. Celem tych wyrosłych z tradycji kupieckiej wyprzedaży w związku z zakończeniem sezonu jest umożliwienie sprzedaży reszty towarów, w szczególności towarów sezonowych i artykułów objętych aktualnymi trendami mody. Wyprzedaż taka służy opróżnieniu magazynów, ma przeciwdziałać utracie wartości towarów oraz zwiększyć płynność finansową kupców [46]. Jak wynika z ustnych wywodów rządu austriackiego oraz z orzecznictwa austriackich sądów [47], wyprzedaże związane z zakończeniem sezonu obejmują nie tylko towary sezonowe, ale też inne towary, które niekoniecznie mieszczą się w tej kategorii [48], w związku z czym zasadniczo można założyć, iż ten wyjątek zawarty w austriackim porządku prawnym jest rozumiany szeroko. Przyjmując, iż to założenie jest trafne, § 33a ust. 2 UWG przyczyniałby się w konsekwencji do tego, że ryzyko, iż wykonywanie uczciwych praktyk handlowych zostanie praktycznie uniemożliwione, zostałoby ograniczone. Praktyki handlowe przedsiębiorców nie podlegałyby z góry obowiązkowi uzyskania uprzedniego zezwolenia, co pociągałoby za sobą, iż nie podlegałyby żadnym proceduralnym wymogom, a zatem też nie podległyby ograniczeniom, tak długo jak nie zostaną uznane za nieuczciwe w znaczeniu prawnym. W tym zakresie uregulowanie krajowe, o którym tu mowa, odpowiadałoby zasadniczo wymogom dyrektywy 2005/29, w każdym razie w odniesieniu do przedstawionej powyżej sytuacji.

68. W rezultacie należy stwierdzić, iż krajowe przepisy, o których mowa, nie mogą prowadzić do tego, że przedsiębiorcy zabroni się definitywnie i trwale stosowania praktyki handlowej, która jako taka jest uczciwa. Przeciwnie, przedsiębiorca musi mieć możliwość doprowadzenia do merytorycznego rozstrzygnięcia przez właściwe organy na podstawie kryteriów wynikających z załącznika I oraz z art. 5–9 dyrektywy 2005/29. Do zadań sądu krajowego, który bezpośrednio zna sytuację na miejscu i jest wyłącznie właściwy w kwestii wykładni prawa krajowego, należy stwierdzenie, czy krajowe prawo procesowe zawiera wystarczające gwarancje dla realizacji tego uprawnienia.

e) Wniosek wstępny

69. Powyższe badanie proceduralnych aspektów pytania prejudycjalnego doprowadziło do stwierdzenia, iż dyrektywa 2005/29 zasadniczo nie sprzeciwia się tego rodzaju uregulowaniu krajowemu, jak będące przedmiotem postępowania krajowego, na podstawie którego niedopuszczalna jest zapowiedź wyprzedaży bez uprzedniego zezwolenia organu administracji i dlatego też podlega zakazaniu w postępowaniu sądowym, a sąd nie jest zobowiązany do badania, czy ta praktyka handlowa wprowadza w błąd, jest agresywna, czy też jest z innego powodu nieuczciwa, jeśli zapewni się, iż nie zostanie w tym trybie ostatecznie zabroniona praktyka handlowa, która jako taka jest uczciwa. Przedsiębiorca musi mieć możliwość doprowadzenia do indywidualnego zbadania w postępowaniu sądowym lub administracyjnym, czy dana praktyka handlowa jest uczciwa [49].

46 — Zobacz D. Duursma, w: *UWG – Kommentar* (hrsg. M. Gumpoldsberger, P. Baumann), Wien 2006, §33a, Randnr. 11, s. 1189; L. Wiltschek, *UWG – Kommentar*, 2. Aufl., Wien 2007, § 33a–f, Randnr. 59, s. 1039.

47 — Zobacz wyroki Oberster Gerichtshof: z dnia 16 czerwca 1987, sygnatura akt: 4 Ob 342/87; z dnia 29 czerwca 1993 r., sygnatura akt: 4 Ob 54/93; wyrok Verwaltungsgerichtshof z dnia 16 grudnia 1998 r., sygnatura akt: 97/04/0090.

48 — Zobacz wyrok Oberster Gerichtshof z dnia 29 czerwca 1993 r., sygnatura akt: 4 Ob 54/93, w którym uznano za dopuszczalną sprzedaż orientalnych dywanów w ramach wyprzedaży w związku z zakończeniem sezonu, chociaż ten rodzaj towaru nie stanowi typowego towaru sezonowego.

49 — Na przykładzie proceduralnych wymagań, jakie dyrektywa 2005/29 stawia w celu jej wyegzekwowania w poszczególnych krajach członkowskich, można wyraźnie stwierdzić ścisłe powiązanie pomiędzy krajowym i ponadkrajowym poziomem regulacji. Podmiot uchwalający dyrektywę ogranicza się do ustalania ogólnych reguł oraz przesłanek minimalnych i pozostawia w pozostałym zakresie prawodawcy krajowemu szczegółową konstrukcje przepisów zapewniających wyegzekwowanie dyrektywy. Obie płaszczyzny regulacji są częściami składowymi splecionego ze sobą „systemu dwóch płaszczyzn", tak jak to zostało opisane przez S. Grundmanna, Systemdenken und Systembildung, w: *Europäische Methodenlehre* (Hrsg. K. Riesenhuber), 2. Auflage, Berlin 2010, §10, Randnr. 2, s. 287.

3. Materialnoprawne aspekty pytania prejudycjalnego

a) Zagadnienie ogólne

70. Należyta transpozycja materialnoprawnych przepisów dyrektywy 2005/29 do prawa austriackiego – w każdym razie w specjalnym obszarze zapowiedzi wyprzedaży – stanowi jedno z zasadniczych zagadnień niniejszej sprawy. Kwestia zgodności zawartych w § 33a i nast. UWG postanowień z dyrektywą powstaje z tego powodu, iż stanowią one podstawę prawną, w oparciu o którą organy administracji podejmują decyzję, czy przedsiębiorca otrzyma zezwolenie, czy też nie. Odmowa udzielenia zezwolenia w oparciu o sprzeczną z dyrektywą podstawę prawną stanowiłaby decyzję administracyjną, która również pozostawałaby w sprzeczności z dyrektywą. Sąd krajowy nie wyklucza, że niektóre z tych podstaw prawnych są niezgodne z dyrektywą [50].

71. Niezgodność spornych przepisów krajowych z dyrektywą może wynikać z okoliczności, iż narzucają one organom administracji warunki do podjęcia decyzji, które nie odpowiadają tym wynikającym z dyrektywy 2005/29. Do warunków podejmowania decyzji mogą też należeć kryteria, na podstawie których organy administracji muszą oceniać nieuczciwy charakter praktyk handlowych. Jeżeli uwzględni się, iż dyrektywa dąży do pełnej harmonizacji materialnoprawnych przepisów prawa dotyczącego uczciwych praktyki handlowych, to każde odchylenie od wymogów prawa Unii należy oceniać jako naruszenie prawa Unii. W takim przypadku, jak to trafnie podnosi sąd krajowy, powołując się na odpowiednie orzecznictwo Trybunału [51], organy administracji nie mogłyby stosować w stosunku do obywatela pozostających w sprzeczności z prawem Unii przepisów krajowych z uwagi na pierwszeństwo stosowania prawa Unii.

b) Analiza struktury obu aktów prawnych

72. W celu stwierdzenia, czy dyrektywa 2005/29 sprzeciwia się zawartym w § 33a i nast. UWG przepisom o zapowiedzi wyprzedaży, konieczna jest analiza a następnie porównanie normatywnej struktury istotnych przepisów obu aktów prawnych.

i) Struktura normatywna dyrektywy 2005/29

73. Sednem dyrektywy 2005/29 jest klauzula generalna zawarta w art. 5 ust. 1, która ustanawia zakaz nieuczciwych praktyk handlowych. Artykuł 5 ust. 2 precyzuje, jakie w szczególności praktyki są „nieuczciwe”. Zgodnie z nim praktyka handlowa jest nieuczciwa, jeżeli jest sprzeczna z wymogami „staranności zawodowej” i może w sposób „istotny zniekształcić” zachowanie gospodarcze przeciętnego konsumenta. Na podstawie ust. 4 za nieuczciwe uznaje się w szczególności praktyki handlowe, które wprowadzają w błąd (art. 6 i 7) lub są agresywne (art. 8 i 9). Ustęp 5 odsyła do załącznika I i wymienionych tam praktyk handlowych, które „uznaje się za nieuczciwe w każdych okolicznościach”. Wykaz ten obowiązuje jednolicie we wszystkich państwach członkowskich i może zostać zmodyfikowany wyłącznie poprzez zmianę dyrektywy.

74. Na stosowanie prawa przez sądy krajowe i organy administracyjne ma to taki wpływ, że najpierw należy odwołać się do zawartego w załączniku I wykazu 31 przypadków nieuczciwych praktyk handlowych. W sytuacji gdy praktyka handlowa zalicza się do jednego z tych przypadków, musi zostać zakazana; nie dochodzi już wówczas do dalszej analizy, na przykład oddziaływania. Jeżeli dany stan

50 — Zobacz postanowienie odsyłające w niniejszej sprawie, pkt 5.

51 — Zobacz postanowienie odsyłające w niniejszej sprawie, pkt 6.

faktyczny nie jest objęty listą zakazów, należy zbadać, czy nie zachodzi jeden z uregulowanych przykładów klauzuli generalnej – praktyk handlowych wprowadzających w błąd i agresywnych. Jedynie wówczas, gdy tak nie jest, bezpośrednie zastosowanie znajduje klauzula generalna zawarta w art. 5 ust. 1 dyrektywy.

ii) Materialnoprawne uregulowania dotyczące zapowiedzi wyprzedaży zawarte w UWG

75. Zgodnie z § 33b UWG zapowiedź wyprzedaży jest dozwolona jedynie za zezwoleniem organu administracji powiatowej właściwego ze względu na miejsce wyprzedaży. Paragraf 33a ust. 1 UWG definiuje, co należy rozumieć jako „zapowiedź wyprzedaży". Poza tym przepis ten wylicza szereg haseł, które zazwyczaj używa się przy okazji tego rodzaju ogłoszeń. Jednakże jak wynika z wywodów rządu austriackiego [52] i stowarzyszenia [53], nie wszystkie zapowiedzi objęte są obowiązkiem uzyskania uprzedniego zezwolenia. Wyłączone są z niego wskazane w § 33a ust. 2 UWG ogłoszenia i komunikaty dotyczące wyprzedaży w związku z zakończeniem sezonu, sezonową zmianą asortymentu, inwentaryzacją i tym podobne oraz zwyczajowe wyprzedaże specjalne występujące w danej branży i w określonych porach roku.

76. Zgodnie z § 33b pkt 4 UWG wniosek o zezwolenie musi określać przyczyny, ze względu na które ma odbyć się wyprzedaż, jak zgon właściciela przedsiębiorstwa, zaprzestanie działalności handlowej lub wycofanie określonego rodzaju towaru, przeniesienie zakładu, zdarzenia naturalne i tym podobne.

77. Na podstawie § 33c ust. 3 UWG odmawia się udzielenia zezwolenia, jeżeli brak jest powyżej wskazanych przyczyn lub gdy sprzedaż ma zostać zapowiedziana na okres nieciągły. Ponadto odmawia się zezwolenia, jeżeli sprzedaż ma przypadać w okresie od początku przedostatniego tygodnia przed Wielkanocą do Zielonych Świątków, od dnia 15 listopada do Bożego Narodzenia lub trwać dłużej niż pół roku, chyba że chodzi o przypadki zgonu przedsiębiorcy, losowych zdarzeń naturalnych lub inne przypadki zasługujące w równym stopniu na uwzględnienie. Jeżeli przedsiębiorstwo istnieje od niepełnych trzech lat, zezwolenia udziela się tylko w przypadkach śmierci przedsiębiorcy, losowych zdarzeń naturalnych lub w innych w równym stopniu zasługujących na uwzględnienie przypadkach.

c) Zgodność regulacji materialnoprawnej z dyrektywą 2005/29

i) Nakładanie ogólnych zakazów

78. Jeżeli porówna się normatywną strukturę obu aktów prawnych, to zauważa się najpierw, że UWG zawiera szereg ogólnych zakazów, które nie mają swojego odpowiednika w dyrektywie 2005/29.

79. Można to dostrzec dopiero po analizie odpowiednich przepisów krajowych w ich wzajemnej relacji. Podczas takiej analizy przepis z § 33b UWG, który ustanawia obowiązek uzyskania zezwolenia na zapowiedzi wyprzedaży, powinien być interpretowany w związku z §33c ust. 3 UWG. Jego charakter jako normy zakazującej znajduje swój wyraz w ustawowym nakazie odmowy udzielania zezwoleń skierowanym w § 33c ust. 3 UWG do organów administracji, w przypadku jeżeli sprzedaż ma pewne cechy, które zostały bliżej określone w tym przepisie. Zgodnie z tym przepisem należy odmówić udzielenia zezwolenia, jeżeli sprzedaż jest zapowiedziana z przerwami, ma nastąpić w określonych okresach w roku (w związku ze świętami religijnymi takimi jak Wielkanoc, Zielone Świątki i Boże Narodzenie) lub też gdy przedsiębiorca nie prowadził działalności przez minimalny okres czasu

52 — Zobacz pismo procesowe rządu austriackiego, pkt 2.

53 — Zobacz pismo procesowe stowarzyszenia, pkt 4 i nast.

wynoszący trzy lata [54]. Jak wynika z wyjaśnień sądu krajowego [55], kryteria znajdujące się w tym przepisie nie są zawarte ani w liście nieuczciwych praktyk z załącznika I do dyrektywy 2005/29, ani też nie odwołują się do konkretnej wprowadzającej w błąd, agresywnej lub też z innego powodu nieuczciwej praktyki handlowej.

80. Oceniając to realistycznie, należy uznać powyższe uregulowanie za ogólny zakaz określonych praktyk handlowych, zwłaszcza że przedsiębiorca może liczyć na uzyskanie zezwolenia jedynie w przypadku zachodzenia szczególnych okoliczności. Okoliczności te są z jednej strony ujęte bardzo restrykcyjnie („w przypadki zgonu przedsiębiorcy"), z drugiej zaś strony w formie klauzul generalnych („przypadki […] losowych zdarzeń naturalnych", „inne w równym stopniu zasługujące na uwzględnienie przypadki"), w związku z czym można przyjąć, iż obywatelowi trudno stwierdzić, w jakich sytuacjach można będzie wyjątkowo udzielić zezwolenia. Przy czym zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału państwa członkowskie są zobowiązane – w celu zapewnienia pełnego stosowania prawa Unii – nie tylko do dostosowania swego prawa do prawa Unii, lecz również do stworzenia tak precyzyjnej, jasnej i przejrzystej sytuacji, aby jednostki mogły poznać całość ich praw i powołać się na nie przed sądem krajowym [56]. W związku z tym należy też przypomnieć, iż jednym z celów, które zamierzano osiągnąć poprzez uchwalenie dyrektywy, było, jak wynika z jej motywu 12, zwiększenie pewności prawa zarówno dla konsumentów, jak i dla przedsiębiorców. Powinna dzięki temu powstać sytuacja, w której będą oni mogli polegać na jednolitych ramach regulacyjnych, opartych na jasno zdefiniowanej koncepcji prawnej, regulującej wszystkie aspekty nieuczciwych praktyk handlowych w całej Unii Europejskiej. Efektem tych działań miało być wyeliminowanie barier wynikających z rozdrobnienia przepisów państw członkowskich w zakresie nieuczciwych praktyk handlowych. Jak słusznie podkreśla Komisja [57], sporne uregulowanie nie uwzględnia jednak tych celów w wystarczającym stopniu.

81. Brak pewności prawnej działa na niekorzyść konsumenta, ale przede wszystkim na szkodę przedsiębiorców. Jeżeli bowiem organ administracji odmówi udzielenia zezwolenia zgodnie z zasadą reguła-wyjątek, przedsiębiorca nie może zapowiedzieć wyprzedaży bez naruszenia ustawy i narażenia się na ryzyko nałożenia na niego kary pieniężnej. Z jego perspektywy uregulowanie to przedstawia się zatem jako ogólny zakaz zapowiedzi wyprzedaży zdefiniowanych w § 33a ust. 1 UWG.

82. Z powyższych rozważań wynika, że § 33c ust. 3 UWG obejmuje sytuacje faktyczne, które wykraczają poza to, co załącznik I do dyrektywy 2005/29 określa jako praktyki handlowe uznawane za nieuczciwe w każdych okolicznościach. Oceniając jedynie systematykę UWG, można to na przykład stwierdzić na tej podstawie, że ustawodawca austriacki co prawda inkorporował do UWG niemal dosłownie listę z załącznika I, jednocześnie jednak utrzymał w mocy pierwotne uregulowanie zawarte w § 33c ust. 3 UWG. Tak więc oba uregulowania obowiązują obecnie obok siebie bez dokonania pomiędzy nimi techniczno-prawnej koordynacji. Jako że prowadzi to w rezultacie do jednostronnego rozszerzenia zawartej w załączniku I do dyrektywy 2005/29 zamkniętej listy przypadków, należy ocenić, iż omawiane uregulowanie krajowe jest sprzeczne ze wskazaniami dyrektywy.

54 — Zobacz H. Seidelberg, Überblick über das aktuelle Ausverkaufsrecht, *Recht und Wettbewerb*, Nr 162, 2003, s. 2, który w związku z tym przepisem, istniejącym już przed transpozycją dyrektywy 2005/29 do prawa austriackiego, pisał o „ustawowych terminach wyłączających" zapowiedzi wyprzedaży. U podstaw tego sformułowania leży najwyraźniej koncepcja, wedle której sporne uregulowanie ustanawia zasadniczy zakaz.

55 — Zobacz postanowienie odsyłające w niniejszej sprawie, pkt 5.

56 — Zobacz podobnie w odniesieniu do dyrektyw wyroki: z dnia 28 lutego 1991 r. w sprawie C-360/87 Komisja przeciwko Włochom, Rec. s. I-791, pkt 12; z dnia 15 czerwca 1995 r. w sprawie C-220/94 Komisja przeciwko Luksemburgowi, Rec. s. I-1589, pkt 10. Zobacz ponadto wyroki: z dnia 18 stycznia 2001 r. w sprawie C-162/99 Komisja przeciwko Włochom, Rec. s. I-541, pkt 22–25; z dnia 6 marca 2003 r. w sprawie C-478/01 Komisja przeciwko Luksemburgowi, Rec. s. I-2351, pkt 20. Zobacz w przedmiocie wymogów prawidłowej transpozycji dyrektyw do prawa krajowego, w sposób wyczerpujący: M. Schweitzer, W. Hummer, W. Obwexer, *Europarecht*, Wien 2007, s. 73, pkt 268.

57 — Zobacz pkt 45 pisma procesowego Komisji.

ii) Wymóg istnienia przyczyn dla zapowiedzi wyprzedaży

83. Ponadto należy stwierdzić, że UWG uzależnia wydanie zezwolenia od spełnienia określonych przesłanek. Istotną formalną przesłaną do rozpatrzenia wniosku przez właściwy organ administracji jest zgodnie z § 33b pkt 4 UWG podanie „przyczyn", ze względu na które ma odbyć się wyprzedaż. Przepis ten wymienia niektóre z przyczyn, które uzasadniają udzielnie zezwolenia. Z jego brzmienia („i tym podobne") można wywnioskować, iż lista ta nie jest wyczerpująca, w związku z czym organom administracji przyznano w odniesieniu do innych wchodzących w rachubę przyczyn uprawnienie dyskrecjonalne [58].

84. Obowiązek podania przyczyn jako wymóg formalny nie wywołuje per se wątpliwości co do zgodności z dyrektywą 2005/29, zwłaszcza że służy jedynie do tego, aby z uprzedzeniem poinformować organ administracji o planowanej zapowiedzi wyprzedaży. W związku z tym stanowi on proceduralną konieczność, ażeby wcześniej poinformować organy administracji o sytuacji wyjściowej i umożliwić im merytoryczne rozstrzygnięcie sprawy. Innymi słowy, służy on do tego, aby w ogóle umożliwić organom administracji dokonanie oceny ex ante danej praktyki handlowej.

85. Jednakże pod względem materialnoprawnym „przyczyny" określone w ustawie są istotne, ponieważ stanowią one kryteria, na podstawie których organy administracji mogą ewentualnie wywieść wniosek, że zapowiedź ma nieuczciwy charakter. Jeżeli przyczyny te w konkretnym przypadku istnieją, powstaje obowiązek udzielenia zezwolenia. Co prawda kryteria te nie mają dokładnych odpowiedników w zawartych w załączniku I praktykach handlowych, jednakże nie można wykluczyć, iż można je przyporządkować do kryteriów wymienionych w pkt 7 i 15 tego załącznika, co należy szczegółowo zbadać.

– Zapowiedź zaprzestania działalności handlowej i przeniesienie zakładu

86. Zgodnie z pkt 15 załącznika I do dyrektywy „twierdzenie, że przedsiębiorca wkrótce zakończy działalność handlową lub zmieni siedzibę, gdy jest to niezgodne z rzeczywistością", stanowi praktykę handlową uznawaną za nieuczciwą w każdych okolicznościach. Paragraf § 33b pkt 4 UWG transponuje ten typowy przypadek do prawa krajowego w ten sposób, iż wnioskodawca może m.in. uzasadnić planowaną zapowiedź wyprzedaży tym, że zamierza zaprzestać działalności handlowej lub przenieść swój zakład. Organ administracji byłby uprawniony w toku rozpatrywania wniosku do oceny prawdziwości tych twierdzeń i ewentualnie do odmowy zezwolenia, jeżeli twierdzenia te nie byłyby zgodne z prawdą. Istnienie kompetencji organu administracji do merytorycznej kontroli wydaje się tym bardziej konieczne, że ustawodawca austriacki niemal dosłownie przejął ten przypadek do pkt 15 załącznika do UWG. W takich okolicznościach wydaje się, iż została zapewniona należyta transpozycja wskazań dyrektywy. W związku z tym brak jest wątpliwości co do zgodności tego uregulowania z dyrektywą 2005/29.

– Pozostałe przyczyny wskazane w § 33b pkt 4 UWG

87. W odniesieniu do innych kryteriów wskazanych w § 33b pkt 4 UWG („zgon właściciela przedsiębiorstwa", „wycofanie określonego rodzaju towaru", „zdarzenia naturalne i tym podobne") należy stwierdzić, iż pod względem zasad tworzenia prawa stanowią one wyjątki, w przypadku występowania których zapowiedź wyprzedaży jest wyjątkowo dozwolona. Krajowe uregulowanie, o którym mowa, nie jest zatem jedynie proceduralnym ujęciem prawa do oceny zastrzeżonego dla

58 — Zobacz D. Duursma, w: *UWG – Kommentar* (Hrsg. M. Gumpoldsberger, P. Baumann), Wien 2006, § 33b, Randnr. 3, s. 1191, autor podnosi, że obok wskazanych wyraźnie przyczyn uzasadniających wydanie zezwolenia jako przyczyny do wydania zezwolenia wchodzą w rachubę jedynie takie okoliczności, które są podobne do stanów faktycznych opisanych w § 33b pkt 4 UWG; czyli takie, które powodują dla wnioskodawcy powstanie sytuacji szczególnej w porównaniu do sytuacji rynkowej, w której znajdują się jego konkurenci, zaś okoliczności, które dotyczą w jednakowym stopniu wszystkich pracowników wnioskodawcy, nawet jeżeli są to zdarzenia mające cechy „siły wyższej", nie uzasadniają wydania zezwolenia na zapowiedź wyprzedaży dla poszczególnego wnioskodawcy.

organu administracji w ramach kontroli ex ante, lecz ogólnym zakazem materialnoprawnym, od którego można odstąpić jedynie w ściśle określonych przypadkach. Tymczasem – jak wyjaśniałam to szczegółowo już w moich opiniach w sprawach połączonych C-261/07 (VTB-VAB) i C-299/07 (Galatea)[59] oraz w sprawie C-540/08 (Mediaprint)[60] – konstrukcja prawna zasadniczo zakazująca określonych praktyk handlowych i zezwalająca na nie jedynie w wyjątkowych przypadkach jest sprzeczna zarówno ze strukturą normatywną, jak i z liberalną tendencją dyrektywy 2005/29. Trybunał potwierdził to stanowisko w wyrokach[61] wydanych w powyższych sprawach.

88. Dyrektywa w odróżnieniu od przepisu krajowego, o którym mowa, przyjmuje jako zasadę, iż praktyki handlowe są uczciwe, o ile nie są spełnione bliżej określone przesłanki prawne do ich zakazania. Ta zasadnicza różnica w strukturze normatywnej[62] nie zostaje skompensowana przez to, że § 33b pkt 4 UWG zawiera szereg typowych, w pewnych okolicznościach nawet podlegających rozszerzeniu w drodze praktyki administracyjnej, wyjątków, zwłaszcza że wyjątki od zasadniczych zakazów, takie jak w niniejszej sprawie, nie nadają się do tego, aby objąć nimi wszystkie wypadki, w których zgodnie z przepisami dyrektywy 2005/29 należy przyjąć dopuszczalną praktykę handlową, gdyż nie umożliwiają one indywidualnej oceny przez właściwe krajowe sądy i organy administracji.

89. Liberalne podejście dyrektywy wynika z konkretnego zamysłu legislacyjnego polegającego na zapewnieniu realizacji celu prawodawcy Unii określonego w motywach 4 i 5 oraz w art. 1 dyrektywy, jakim jest – poprzez ustanowienie jednolitych zasad na poziomie Wspólnoty – eliminacja przeszkód w transgranicznym przepływie usług i towarów lub w swobodzie przedsiębiorczości wynikających z istnienia wielu uregulowań krajowych dotyczących nieuczciwych praktyk handlowych w takim zakresie, w jakim jest to konieczne do właściwego funkcjonowania rynku wewnętrznego i zapewnienia wysokiego poziomu ochrony konsumentów.

90. Mając na uwadze powyższe, należy stwierdzić, że przepis z § 33b pkt 4 UWG przekracza w tym zakresie wskazania zawarte w dyrektywie 2005/29, w jakim określa kryteria mogące objąć między innymi także zapowiedzi wyprzedaży, które być może nie powinny być uznane za nieuczciwe praktyki handlowe.

d) Wniosek wstępny

91. Krajowe uregulowanie, takie jak będące przedmiotem sporu, zawierające zasadniczy zakaz zapowiedzi wyprzedaży, które uzależnia zapowiedzi wyprzedaży wyłącznie od spełnienia określonych wyjątkowych stanów faktycznych, i niezapewniające, iż wszystkie okoliczności konkretnego przypadku zostaną w wystarczający sposób uwzględnione, jest zgodnie z jego naturą bardziej restrykcyjne i rygorystyczne niż uregulowania zawarte w dyrektywie 2005/29.

92. W tym kontekście należy stwierdzić, że uregulowania zawarte w § 33a i nast. UWG dotyczy dziedziny, która podlega pełnej harmonizacji i do której nie znajdują zastosowania przepisy przejściowe określone w art. 3 ust. 5 dyrektywy.

59 — Zobacz moją opinię z dnia 21 października 2008 r. w sprawach połączonych VTB-VAB i Galatea, pkt 84–89.

60 — Zobacz moją opinię z dnia 24 marca 2010 r. w sprawie Mediaprint, pkt 76.

61 — Zobacz ww. w przypisie 8 wyrok w sprawach połączonych VTB-VAB i Galatea, pkt 64, 65; ww. w przypisie 11 wyrok w sprawie Mediaprint, pkt 39, 40.

62 — Zobacz A. Wiebe, Umsetzung der Geschäftspraktikenrichtlinie und Perspektiven für eine UWG-Reform, *Juristische Blätter*, 2/2007, s. 79, który dochodzi do wniosku, że dyrektywa 2005/29 ma inną strukturę systemową niż obecnie obowiązujący UWG. W jego ocenie ustawodawca austriacki nie może ignorować różnic w strukturze w procesie transpozycji. Należy podjąć się zadania transpozycji i rozwiązywać różnorodne problemy, które powstają dla ustawodawcy w związku z ograniczonym zakresem stosowania, treścią i strukturą dyrektywy. W ocenie autora nie wystarczy dokonać jedynie kilku uzupełnień, lecz konieczna jest większa reforma strukturalna. Presja w kierunku liberalizacji, której źródłem jest płaszczyzna europejska, podjęta już przez Oberster Gerichtshof, może zostać wykorzystana przez ustawodawcę do szerszej reformy, której wynik czyniłyby zadość nie tylko wymaganiom jasności i przejrzystości prawa, lecz miałyby też trwały charakter.

93. Nie znajdują też zastosowania żadne z wyjątków wymienionych wprost w dyrektywie 2005/29. I tak na przykład ani rząd austriacki, ani stowarzyszenie nie przedstawiły w sposób przekonujący, iż sporna regulacja krajowa należy do jednego z obszarów objętych motywem 9 dyrektywy („warunki przedsiębiorczości i regulacje dotyczące zezwoleń"). W każdym razie nie można przypisać temu motywowi pod względem metodologicznym żadnego znaczenia odbiegającego od art. 3 ust. 8 dyrektywy, zwłaszcza że przepis ten przejął istotną część tego motywu do normatywnej części dyrektywy i wyraźniej ujawnia właściwy zamiar prawodawcy. Okoliczność, iż ów przepis regulujący wyjątki nie znajduje zastosowania do sprawy będącej przedmiotem postępowania krajowego, została już stwierdzona wcześniej [63]. Odmiennie od poglądu reprezentowanego przez rząd austriacki na rozprawie państwo członkowskie nie może też w celu generalnego poddania praktyk handlowych obowiązkowi uzyskania zezwolenia administracyjnego, tak jak to miało miejsce w sprawie krajowej, ogólne powoływać się na zakaz wynikający z pkt 4 załącznika I do dyrektywy. Przeciwnie, przepisy krajowe muszą stale i w całości odpowiadać wskazaniom dyrektywy. Niezależnie od tego należy podnieść, iż wskazany zakaz obejmuje inne stany faktyczne, niż przyjmuje to rząd austriacki, a mianowicie te procedury, poprzez które placówki publiczne lub prywatne stwierdzają jakość przedsiębiorcy (np. wiarygodność lub zdolność do wykonywania zawodu) lub jego produktów (np. znaki jakości, certyfikaty bezpieczeństwa). Celem tego zakazu jest ochrona konsumentów przed nieprawdziwymi, a przez to wprowadzającymi w błąd, twierdzeniami przedsiębiorcy, iż jemu lub oferowanym przez niego produktom przyznano dane świadectwo [64]. Rząd austriacki w swoich ustnych wywodach nie wykazał, że procedura z UWG, która przewiduje konieczność uzyskiwania zezwoleń, służy temu celowi.

94. Austriackie uregulowanie dotyczące zapowiedzi wyprzedaży zawarte w § 33a i nast. UWG sprowadza się w konsekwencji – w wyniku jego ukształtowania jako ogólny zakaz z możliwością zezwolenia – do tego, iż zawarte w załączniku I wyczerpujące zestawienie zakazanych praktyk handlowych zostaje rozszerzone, co jest państwom członkowskim zabronione ze względu na dokonaną w dyrektywie 2005/29 pełną i maksymalną harmonizację. Jednostronne rozszerzenia tej listy przez państwa członkowski są zakazane, gdyż zgodnie z art. 5 ust. 5 może to nastąpić jedynie w drodze zmiany samej dyrektywy.

95. W świetle powyższych wywodów dochodzę do wniosku, iż takie uregulowanie krajowe, jak to będące przedmiotem postępowania, nie odpowiada materialnoprawnym wymogom dyrektywy 2005/29 [65].

4. Podsumowujące wnioski

96. Powyższa analiza wykazała, że dyrektywa 2005/29 nie sprzeciwia się takiemu uregulowaniu krajowemu, jakie występuje w niniejszej sprawie, na podstawie którego przekazuje się organom administracji kompetencję do oceny praktyk handlowych – w tym konkretnym przypadku w zakresie zapowiedzi wyprzedaży – pod kątem ich nieuczciwości [66].

63 — Zobacz pkt 41 niniejszej opinii.

64 — Zobacz E. Büllesbach, *Auslegung der irreführenden Geschäftspraktiken des Anhangs I der Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken*, München 2008, s. 53 i nast.

65 — Zobacz W. Schuhmacher, Das Ende der österreichischen per-se-Verbote von Geschäftspraktiken gegenüber Verbrauchern, *Wirtschaftsrechtliche Blätter*, 2010, Nr 12, s. 615 i nast., który reprezentuje pogląd, iż przepisy § 33a i nast. UWG zawierają bardzo szeroko ujęty faktyczny zakaz zapowiedzi objętych tym przepisem. W kontekście tego, iż § 33b UWG zakazuje nawet prawdziwą publiczną zapowiedź faktycznych wyprzedaży, jeżeli nie uzyskano uprzedniego zezwolenia, przepis ten przekracza granice zakreślone przez właściwe postanowienia załącznika do UWG i dlatego też nie może być stosowany. Autor dochodzi do wniosku, iż w takiej sytuacji odpada w ogóle obowiązek uzyskiwania zezwoleń.

66 — Zobacz pkt 44 niniejszej opinii.

97. Podobnie dyrektywa nie sprzeciwia się uregulowaniu, które wymaga od przedsiębiorcy uzyskania administracyjnego zezwolenia, zanim zastosuje określone praktyki handlowe, co do których zachodzi podejrzenie, że są nieuczciwe. Taka konstrukcja proceduralna musi być jednak uzasadniona przez szczególne okoliczności i musi służyć ku temu, aby umożliwić organom administracji przeprowadzenie kontroli ex ante sytuacji, w której można oczekiwać naruszania zasad uczciwej konkurencji, którym później raczej już nie da się zapobiec [67].

98. Dyrektywa nie sprzeciwia się też co do zasady przepisom państw członkowskich, na podstawie których karze się naruszenia ustawowego obowiązku uzyskania zezwolenia [68].

99. Państwa członkowskie mogą też na podstawie dyrektywy zasadniczo przewidzieć, iż organy administracji i sądy badają wyłącznie wykonanie obowiązku uzyskania zezwolenia, nie oceniając przy tym zagadnienia uczciwości danych praktyk handlowych [69]. Nie może to jednak prowadzić do tego, że przedsiębiorcy zabroni się ostatecznie wykonywania praktyki handlowej, która jako taka jest uczciwa. Przeciwnie, przedsiębiorca musi zawsze posiadać możliwość uzyskania merytorycznego orzeczenia właściwych organów administracji i sądów na podstawie kryteriów wynikających z załącznika I oraz z art. 5–9 dyrektywy [70]. Do zadań sądu krajowego, który bezpośrednio zna sytuację na miejscu i jest wyłącznie właściwy w kwestii wykładni prawa krajowego, należy stwierdzenie, czy krajowe prawo procesowe zawiera wystarczające gwarancje dla realizacji tego uprawnienia [71]. W celu uwzględnienia wskazań dyrektywy, należy zapewnić, aby istniała możliwość oceny uczciwości danych praktyk handlowych w ramach samego postępowania lub też po jego zakończeniu.

100. Jednakże dyrektywa 2005/29 sprzeciwia się takim krajowym przepisom materialnoprawnym, o których mowa w niniejszym postępowaniu, które generalnie zabraniają zapowiedzi wyprzedaży i zezwalają na nie jedynie w określonych wyjątkowych przypadkach [72].

VII – Wnioski

101. Uwzględniając powyższe rozważania, proponuję, by Trybunał udzielił na przedstawione przez Oberster Gerichtshof pytanie następującej odpowiedzi:

Artykuł 3 ust. 1 i art. 5 ust. 5 dyrektywy 2005/29/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 maja 2005 r. dotyczącej nieuczciwych praktyk handlowych stosowanych przez przedsiębiorstwa wobec konsumentów na rynku wewnętrznym oraz zmieniającej dyrektywę Rady 84/450/EWG, dyrektywy 97/7/WE, 98/27/WE i 2002/65/WE Parlamentu Europejskiego i Rady oraz rozporządzenie (WE) nr 2006/2004 Parlamentu Europejskiego i Rady nie sprzeciwiają się zasadniczo takiemu proceduralnemu uregulowaniu zawartemu w prawie krajowym, jakie występuje w postępowaniu krajowym, zgodnie z którym zapowiedź wyprzedaży bez zgody właściwego organu administracji jest niedopuszczalna i dlatego podlega zakazowi orzekanemu w postępowaniu sądowym, w którym sąd nie jest zobowiązany do dokonywania oceny, czy ta praktyka handlowa jest wprowadzająca w błąd, agresywna lub też jest z innego powodu nieuczciwa, jeżeli jest zagwarantowane, iż praktyka handlowa, która sama w sobie jest uczciwa, nie zostanie ostatecznie zabroniona. Przedsiębiorca musi mieć zapewnioną możliwość doprowadzenia – w postępowaniu sądowym lub administracyjnym – do indywidualnej oceny uczciwości danej praktyki handlowej.

67 — Zobacz pkt 51 niniejszej opinii.
68 — Zobacz pkt 55 niniejszej opinii.
69 — Zobacz pkt 53, 61 niniejszej opinii.
70 — Zobacz pkt 53 i nast., 63 i nast. niniejszej opinii.
71 — Zobacz pkt 68 niniejszej opinii.
72 — Zobacz pkt 95 niniejszej opinii.

Artykuł 3 ust. 1 oraz art. 5 ust. 5 tej dyrektywy sprzeciwią się takiemu materialnoprawnemu uregulowaniu prawa krajowego, jakie występuje w postępowaniu krajowym, które nakłada zasadniczy zakaz zapowiedzi wyprzedaży i uzależnia je wyłącznie od spełnienia określonych przesłanek uzasadniających wyjątki od zakazu, bez zapewnienia, że wszystkie okoliczności konkretnego przypadku zostaną w wystarczający sposób uwzględnione.