Zbirka odločb sodne prakse

SKLEPNI PREDLOGI GENERALNE PRAVOBRANILKE
VERICE TRSTENJAK,
predstavljeni 6. septembra 2012 [1]

Zadeva C-206/11

Georg Köck
proti
Schutzverband gegen unlauteren Wettbewerb

(Predlog za sprejetje predhodne odločbe, ki ga je vložilo Oberster Gerichtshof (Avstrija))

„Direktiva 2005/29/ES — Uskladitev — Varstvo potrošnikov — Nepoštene poslovne prakse podjetij — Postopkovno oblikovanje instrumentov za boj proti nepoštenim poslovnim praksam — Ureditev države članice, v skladu s katero je za napoved razprodaje potrebno predhodno dovoljenje upravnega organa“

Kazalo

I – Uvod 3

II – Pravni okvir 3

1. Pravo Unije 3

2. Nacionalno pravo 6

III – Dejansko stanje, postopek v glavni stvari in vprašanje za predhodno odločanje 7

IV – Postopek pred Sodiščem 8

V – Bistvene trditve strank v postopku 8

VI – Pravna presoja 10

A – Uvodne ugotovitve 10

B – Analiza pravnih vprašanj 11

1. Uporaba Direktive 2005/29 11

1 — Jezik izvirnika sklepnih predlogov: nemščina.
Jezik postopka: nemščina.

a) Stvarno področje uporabe 11

b) Osebno področje uporabe 12

c) Neuporaba izjeme 12

d) Vmesni predlog 13

2. Postopkovnopravni vidiki vprašanja za predhodno odločanje 13

a) Pristojnost nacionalnih upravnih organov za preverjanje 13

b) Pristojnost upravnih organov za predhodno preverjanje 13

c) Združljivost z Direktivo zakonske prepovedi s pridržkom dovoljenja, za katero so določene sankcije 15

d) Sodni nadzor nad odločitvami upravnih organov 16

i) Predstavitev problematike 16

ii) Diskrecijska pravica držav članic glede postopkovnih vprašanj 17

iii) Prepoved neupoštevanja dolžnosti za presojo posameznega primera 17

e) Vmesni predlog 19

3. Materialnopravni vidiki vprašanja za predhodno odločanje 19

a) Splošno 19

b) Analiza strukture obeh predpisov 20

i) Vsebinska zgradba Direktive 2005/29 20

ii) Materialne določbe UWG o napovedi razprodaj 20

c) Združljivost materialnih določb z Direktivo 2005/29 21

i) Prepoved splošnih prepovedi 21

ii) Zahteva, da za napoved razprodaje obstajajo razlogi 22

– Napoved prenehanja in preselitve dejavnosti 22

– Drugi razlogi, navedeni v členu 33b, točka 4, UWG 23

d) Vmesni predlog 23

4. Povzetek 24

VII – Predlog 25

I – Uvod

1. Že v grški in rimski mitologiji je bila trgovini in z njo povezanemu vprašanju varstva strank, udeleženih pri izmenjavi storitev, ki sta danes opisani kot podjetnik in potrošnik, namenjena posebna pozornost. Celo bogovi so se potrudili, če je šlo za zaščito trgovcev in njihovih odjemalcev. Tako je bil v grški mitologiji Hermes (in v rimski Merkur) zaščitnik trgovcev, pa tudi prometa, popotnikov in pastirjev. Danes potrošnikov in trgovcev ne varujejo več bogovi, ampak predvsem zemeljski zakoni in sodišča. Ti naj bi primerno upoštevali in uskladili interese potrošnikov in trgovcev.

2. V obravnavanem postopku predhodnega odločanja na podlagi člena 267 PDEU avstrijsko Oberster Gerichtshof (vrhovno sodišče, v nadaljevanju: predložitveno sodišče) prosi Sodišče Evropske unije za razlago Direktive 2005/29/ES o nepoštenih poslovnih praksah na notranjem trgu [2]. Pri tem gre v bistvu za vprašanje, ali določbe te direktive nasprotujejo nacionalni ureditvi, v skladu s katero je za napoved razprodaje potrebno predhodno dovoljenje upravnega organa.

3. Ta predlog je bil vložen v okviru spora med G. Köckom, ki je samostojni podjetnik, in Schutzverband gegen unlauteren Wettbewerb (zveza za varstvo proti nelojalni konkurenci, v nadaljevanju: Schutzverband), institucijo, ki ima v skladu z nacionalnim pravom upravičen interes za boj proti nepoštenim poslovnim praksam. Med strankama je sporno, ali je bil G. Köck upravičen napovedati razprodajo, ne da bi imel dovoljenje okrajnega upravnega organa, ki je potrebno na podlagi nacionalnega prava. Pri tem se postavlja tudi vprašanje, ali Direktiva 2005/29 dopušča, da država članica pri prenosu te direktive v svoj pravni red za napoved razprodaje predpiše splošen pridržek dovoljenja, pri čemer so kršitve zakonsko določene obveznosti vložitve prošnje kaznive, ne da bi se v zadevi preverila poštenost take poslovne prakse.

4. Obravnavana zadeva se bistveno razlikuje od drugih zadev, v katerih je bilo Sodišče prav tako poklicano, da se opredeli do prenosa Direktive 2005/29, skladnega s pravom Unije, in sicer v obravnavanem primeru ne gre le za prenos materialnopravnih zahtev direktive, ampak predvsem za postopkovno oblikovanje instrumentov za boj proti nepoštenim poslovnim praksam v posameznih pravnih redih držav članic. Tako se bo preučilo vprašanje, ali je zakonodajalec Unije, zato da bi državam članicam dal široko polje proste presoje glede postopka, odstopil od zasnove popolne uskladitve, ki načeloma velja za materialnopravne zahteve direktiv.

II – Pravni okvir

1. Pravo Unije

5. Člen 1 Direktive 2005/29 določa:

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

6. Člen 2 Direktive 2005/29 določa:

„V tej direktivi:

[…]

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

d) ‚poslovne prakse podjetji v razmerju do potrošnikov' (v nadaljevanju: tudi ‚poslovne prakse') pomenijo vsako dejanje, opustitev, ravnanje, razlag[o] ali tržne komunikacije, vključno z oglaševanjem in trženjem, s strani trgovca, neposredno povezano s promocijo, prodajo ali dobavo izdelka potrošnikom;

[…]"

7. Člen 3(1) te direktive določa:

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

8. Člen 5 te direktive, ki ima naslov „Prepoved nepoštenih poslovnih praks", določa:

„1. Nepoštene poslovne prakse so prepovedane.

2. Poslovna praksa je nepoštena, če:

a) nasprotuje zahtevam poklicne skrbnosti

in

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

[…]

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

9. Člen 11 te direktive, ki ima naslov „Izvrševanje", določa:

„1. Države članice zagotovijo, da so v interesu potrošnikov z namenom uveljavitve skladnosti z določbami te direktive na voljo ustrezna in učinkovita sredstva za boj proti nepoštenim poslovnim praksam.

Taka sredstva vključujejo predpise, po katerih osebe ali organizacije, ki imajo po nacionalnem pravu upravičen interes za boj proti nepoštenim poslovnim praksam, vključno s konkurenti, lahko

a) sprožijo sodni postopek proti takim nepoštenim poslovnim praksam

in/ali

b) prijavijo take nepoštene poslovne prakse upravnemu organu, ki odloča o pritožbah ali sproži ustrezne sodne postopke.

[…]

2. V skladu s predpisi iz odstavka 1 države članice prenesejo na sodišča ali upravne organe pooblastila, ki jim v primerih, kjer ocenijo take ukrepe za potrebne, ob upoštevanju vseh interesov in zlasti javnega interesa omogočajo

a) odreditev prenehanja ali uvedbo ustreznih sodnih postopkov za odreditev prenehanja nepoštenih poslovnih praks,

ali

b) če se nepoštene poslovne prakse še ne izvajajo, vendar so tik pred izvedbo, odreditev prepovedi prakse ali uvedbo ustreznih sodnih postopkov, s katerimi se odredi prepoved take prakse,

tudi če ni dokazov o dejanski izgubi ali škodi ali o naklepu ali malomarnosti trgovca.

Države članice prav tako predvidijo, da se ukrepi iz prvega pododstavka sprejmejo po hitrem postopku, in sicer z

— začasnim učinkom

ali

— dokončnim učinkom

ob tem, da je izbira med navedenima možnostma prepuščena državam članicam.

Da bi odstranili trajne učinke nepoštenih poslovnih praks, katerih prenehanje je bilo odrejeno z dokončno odločitvijo, lahko države članice nadalje podelijo sodiščem ali upravnim organom pooblastila:

a) da zahtevajo […] objavo te odločitve […];

b) da poleg tega zahtevajo objavo popravka.

[…]

Če pooblastila iz odstavka 2 izvajajo izključno upravni organi, morajo vedno navesti razloge za svoje odločitve. Nadalje je treba v takem primeru predvideti postopke sodnega nadzora nad nepravilnim ali nerazumnim izvajanjem pooblastil oz. nepravilno ali nerazumno opustitvijo izvajanja pooblastil upravnega organa.“

10. V Prilogi I k Direktivi 2005/29 („Poslovne prakse, ki veljajo v vseh okoliščinah za nepoštene“) so navedene med drugim te zavajajoče poslovne prakse:

„(4) Trditi, da je bil trgovec (vključno z njegovimi poslovnimi praksami) ali izdelek potrjen, odobren ali dovoljen s strani javnega ali zasebnega organa, čeprav to ni res, ali to zatrjevati brez upoštevanja pogojev potrditve, odobritve ali dovoljenja.

[…]

(7) Lažno zatrjevati, da bo izdelek na voljo samo za omejeno obdobje ali da bo na voljo pod posebnimi pogoji samo za omejeno obdobje, z namenom potrošnika napeljati k takojšnji odločitvi in ga prikrajšati za možnost ali čas, da bi sprejel odločitev ob poznavanju vseh pomembnih dejstev.

[…]

(15) Trditi, da bo trgovec v kratkem prenehal z dejavnostjo ali preselil poslovne prostore, čeprav tega ne namerava storiti.“

2. Nacionalno pravo

11. Direktiva 2005/29 je bila v Avstriji prenesena z veljavnostjo 12. decembra 2007 s spremembo [3] zveznega zakona o preprečevanju nelojalne konkurence iz leta 1984 [4] (Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb 1984, v nadaljevanju: UWG).

12. Točka 7 Priloge I k Direktivi 2005/29 je bila v okviru novele UWG iz leta 2007 dobesedno prevzeta v točko 7 priloge k UWG.

V pododdelku 4a UWG (členi od 33a do 33f), ki je bil v UWG vstavljen že leta 1992, so te določbe, ki se nanašajo na „napoved razprodaj“:

„Člen 33a

(1) Napoved razprodaje v smislu tega zveznega zakona pomeni vse javne objave ali sporočila, namenjena večjemu krogu oseb, iz katerih je mogoče sklepati na namen, da se blago v večjih količinah pospešeno prodaja na drobno, in ki so hkrati primerni za ustvarjanje vtisa, da je trgovec zaradi posebnih okoliščin prisiljen pospeševati prodajo, zaradi česar blago ponuja po izredno ugodnih pogojih ali cenah. Objave ali sporočila, v katerih se pojavljajo besede ‚razprodaja‘, ‚prodaja zaradi zaprtja trgovine‘, ‚odprodaja‘, ‚nujno prodamo‘, ‚prodaja pod ceno‘, ‚praznimo skladišče‘ ali besede s podobnim pomenom, vsekakor veljajo za napoved razprodaje.

(2) Določbe členov od 33a do 33e pa se ne uporabljajo za objave ali sporočila o sezonskih razprodajah, sezonskih odprodajah blaga, inventurnih razprodajah in podobnem in o običajnih posebnih razprodajah, ki so na splošno značilne za to panogo in neki letni čas (npr. ‚beli teden‘, ‚teden plaščev‘).

(3) Navedeno ne velja za točko 7 priloge.

Člen 33b

Napoved razprodaje je dopustna samo na podlagi dovoljenja okrajnega upravnega organa, pristojnega glede na kraj razprodaje. Prošnja za izdajo dovoljenja se vloži pisno in mora vsebovati te podatke:

1. količina, kakovost in cena blaga, ki se prodaja;

2. natančna navedba kraja razprodaje;

3. obdobje, v katerem bo potekala razprodaja;

4. razlogi za razprodajo, na primer smrt podjetnika, prenehanje opravljanja dejavnosti ali opustitev kake vrste blaga, preselitev dejavnosti, elementarne nesreče in podobno;

5. […]

Člen 33c

(1) Okrajni upravni organ mora pred sprejetjem odločitve o prošnji pozvati deželno trgovsko zbornico, ki je pristojna glede na kraj razprodaje, da v roku dveh tednov poda mnenje.

(2) Okrajni upravni organ mora o prošnji odločiti v roku enega meseca od njene vložitve.

3 — BGBl. I, št. 79/2007.

4 — BGBl. I, št. 448/1984.

(3) Dovoljenje se ne izda, če niso podani razlogi v smislu člena 33b, točka 4, ali če se prodaja ne napoveduje za neprekinjeno obdobje. Dovoljenje se prav tako ne izda, če se prodaja izvaja v obdobju od začetka predzadnjega tedna pred veliko nočjo do binkošti, od 15. novembra do božiča ali naj bi trajala dlje kot pol leta, razen če gre za smrt trgovca, elementarno nesrečo ali druge prav tako upoštevne primere. Če se dejavnost še ne opravlja polna tri leta, se dovoljenje izda samo ob smrti trgovca, elementarni nesreči ali v drugih prav tako upoštevnih primerih.

(4) […]

Člen 33d

(1) Vsaka napoved razprodaje mora vsebovati razloge za pospešeno prodajo, obdobje izvajanja razprodaje in splošen opis blaga, ki je namenjeno prodaji. Ti podatki morajo biti skladni z odločbo o izdaji dovoljenja.

(2) Po poteku obdobja prodaje, navedenega v odločbi o izdaji dovoljenja, je treba opustiti vsako napoved razprodaje.

(3) Med obdobjem prodaje, navedenim v odločbi o izdaji dovoljenja, je prodaja blaga, navedenega v napovedi, dopustna samo v količinah, navedenih v odločbi o izdaji dovoljenja. Vsaka nadaljnja oskrba s tovrstnim blagom je prepovedana.

(4) […]“

13. Člen 34(3) UWG vsebuje to določbo, ki se nanaša med drugim na pododdelek 4a:

„Od tistega, ki krši določbe tega pododdelka, se lahko ne glede na kazenski pregon zahteva opustitev in v primeru krivde povračilo škode. Zahtevek se lahko uveljavlja samo po redni sodni poti. […]“

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

14. G. Köck je podjetnik posameznik v Innsbrucku. V oglasu je napovedal „popolno razprodajo“ svojega blaga in to oglaševal pred svojim trgovskim lokalom s plakatnimi stojali in nalepkami na izložbenem oknu. Poleg izraza „popolna razprodaja“ je uporabljal tudi izraze kot „vse mora ven!“ in „do minus 90 %“. G. Köck ni pridobil dovoljenja okrajnega upravnega organa za napoved razprodaje.

15. Schutzverband meni, da so z napovedjo kršeni člen 33a in naslednji UWG. V skladu z njimi je napoved razprodaje, ki jo je izvedel G. Köck, dopustna le na podlagi predhodnega dovoljenja okrajnega upravnega organa. Ta ureditev naj bi bila združljiva z direktivo o nepoštenih poslovnih praksah in naj bi jo bilo zato treba še naprej uporabljati.

16. Schutzverband je zato pri Landesgericht Innsbruck (deželno sodišče v Innsbrucku) zahtevala, naj se G. Köcku napoved razprodaje brez potrebnega dovoljenja okrajnega upravnega organa prepove z začasno odredbo. G. Köck prereka kršitev določb o razprodajah. Trdi, da je izvedel zgolj delno odprodajo v smislu člena 33a(2) UWG, za katero se ne zahteva dovoljenje. Landesgericht Innsbruck se je s sklepom z dne 15. junija 2010 pridružilo pravnemu stališču G. Köcka.

17. Na pritožbo Schutzverband je Oberlandesgericht Innsbruck (višje deželno sodišče v Innsbrucku) s sklepom z dne 6. avgusta 2010 izdalo začasno odredbo, kot je bilo predlagano. Po mnenju pritožbenega sodišča je tožena stranka napovedala razprodajo, za katero se zahteva dovoljenje, v smislu člena 33a(1) UWG. Ker ni imela dovoljenja iz člena 33b UWG, je treba ugoditi opustitvenemu zahtevku iz člena 34(3) UWG.

18. Zoper to odločbo je G. Köck vložil revizijo na Oberster Gerichtshof (vrhovno sodišče). Na podlagi začasnega mnenja Oberster Gerichtshof s tem pravnim sredstvom ob uporabi člena 33a in naslednjih UWG ni mogoče uspeti. Vendar Oberster Gerichtshof dvomi, ali so te določbe združljive z Direktivo 2005/29. Zato je prekinilo odločanje o zahtevi za revizijo in Sodišču v predhodno odločanje predložilo to vprašanje:

Ali člena 3(1) in 5(5) Direktive Evropskega parlamenta in Sveta 2005/29/ES z dne 11. maja 2005 o nepoštenih poslovnih praksah podjetij v razmerju do potrošnikov na notranjem trgu ter o spremembi Direktive Sveta 84/450/EGS, direktiv Evropskega parlamenta in Sveta 97/7/ES, 98/27/ES in 2002/65/ES ter Uredbe (ES) št. 2006/2004 Evropskega parlamenta in Sveta (Direktiva o nepoštenih poslovnih praksah) ali druge določbe te direktive nasprotujejo nacionalni ureditvi, v skladu s katero je napoved razprodaje brez dovoljenja pristojnega upravnega organa nedopustna in jo je zato treba v sodnem postopku prepovedati, ne da bi moralo sodišče v tem postopku preveriti, ali je ta poslovna praksa zavajajoča, agresivna ali drugače nepoštena?

IV – Postopek pred Sodiščem

19. Predložitvena odločba z dne 12. aprila 2011 je v sodno tajništvo Sodišča prispela 2. maja 2011.

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

21. Zastopniki strank v postopku v glavni stvari, vlad Republike Avstrije in Kraljevine Belgije ter Komisije so se udeležili obravnave 21. maja 2012, da bi podali stališča.

V – Bistvene trditve strank v postopku

22. *G. Köck* predlaga Sodišču, naj na vprašanje za predhodno odločanje odgovori pritrdilno. Po njegovem mnenju zakonska ureditev, kot je ta iz obravnavane zadeve, ki upravnim organom dovoljuje odklonitev izdaje dovoljenja za napoved razprodaje, tudi če zadevna poslovna praksa ni zavajajoča, agresivna ali kakor koli nepoštena, ni skladna z Direktivo 2005/29.

23. Meni, da se Direktiva 2005/29 uporablja v sporu o glavni stvari, ker po eni strani napoved razprodaje ustreza opredelitvi poslovne prakse in ker po drugi strani namen nacionalnih določb, kot so te iz obravnavane zadeve, ni le varstvo konkurentov, ampak tudi potrošnikov. Iz previdnosti navaja, da pri izvedenih napovedih ni šlo za napovedi razprodaje v smislu člena 33a(1) UWG, za katero se zahteva dovoljenje, ampak za delno odprodajo v skladu s členom 33a(2) UWG, za katero se ne zahteva dovoljenje.

24. Dalje navaja, da se v sporu v glavni stvari ne uporablja točka 7 Priloge I k Direktivi 2005/29, saj ni podal nobene izrecne navedbe o posebnem trajanju razprodaje, ki je bila v resnici delna odprodaja. Poleg tega trdi, da z nacionalnim pravom ni zagotovljeno pravno varstvo posameznika, ker naj to, da se člen 33c(3) UWG zaradi nezdružljivosti s pravom Unije v upravnem postopku ne uporabi za prizadeta podjetja, ne bi bilo sorazmerno.

25. *Schutzverband* in *avstrijska vlada* menita, da sporne nacionalne določbe, ki se nanašajo na upravno dovoljevanje razprodaj, ne spadajo na področje uporabe Direktive 2005/29. To stališče naj bi bilo potrjeno z uvodno izjavo 9 in členom 3(8) te direktive, v skladu s katerima ta ne posega v „pogoje ustanavljanja ali sisteme izdajanja dovoljenj“. Da se Direktiva 2005/29 ne uporablja, naj bi izhajalo – tako avstrijska vlada – tudi iz tega, da ta direktiva ne ureja pravnih razmerij med podjetji in organi.

26. Ti udeleženki postopka iz previdnosti podajata navedbe za primer, da bi Sodišče vendarle potrdilo, da se Direktiva 2005/29 uporablja. Tako med drugim opozarjata, da večina razprodaj, kot so razprodaje ob koncu sezone, inventurne razprodaje itd., v Avstriji ni prepovedanih in da se zanje ne zahteva dovoljenje. Dovoljenje je potrebno le za napoved nekaterih posebnih razprodaj. Zato naj sporna nacionalna ureditev ne bi pomenila načelne splošne prepovedi nekaterih poslovnih praks. Sicer naj bi bile s členom 11 Direktive 2005/29 države članice pooblaščene za uvedbo ustreznih in učinkovitih sredstev za boj proti nepoštenim poslovnim praksam. Po mnenju avstrijske vlade k tem sredstvom spada tudi predhodno preverjanje nepoštenih poslovnih praks, ki ima prednost pred zgolj naknadnim preverjanjem. Zadnje naj vsaj pri napovedi razprodaje ne bi dovolj zadostilo cilju, določenemu v členu 13 Direktive 2005/29, namreč, da se predpišejo učinkovite, sorazmerne in odvračilne kazni za kršitve nacionalne zakonodaje, s katero se prenese direktiva.

27. Obe udeleženki postopka sta se opredelili do oblikovanja upravnega in sodnega postopka v avstrijski zakonodaji, pri čemer Schutzverband opozarja na dolžnost avstrijskih organov, da v okviru postopka za preverjanje prošnje za izdajo dovoljenja razlagajo nacionalne določbe v skladu z namenom Direktive 2005/29, zato da se doseže cilj, ki mu sledi ta direktiva. Dalje opozarja, da bo sodišče, ki odloča v postopku z opustitveno tožbo, načeloma preverilo, ali je podana napoved v smislu člena 33a UWG. Če gre za napoved razprodaje, za katero se zahteva dovoljenje, brez ustreznega dovoljenja upravnih organov, lahko to vsekakor nasprotuje zahtevam poklicne skrbnosti v smislu člena 5(2)(a) Direktive 2005/29. Avstrijska vlada pa opozarja, da morajo avstrijski upravni organi dovoliti napoved razprodaje, če ta napoved ni zavajajoča in z njo niso kršene določbe členov 8 in 9 Direktive 2005/29.

28. Schutzverband Sodišču predlaga, naj na vprašanje za predhodno odločanje odgovori nikalno. Avstrijska vlada pa predlaga, naj se na vprašanje za predhodno odločanje odgovori v tem smislu, da Direktiva 2005/29 ne nasprotuje nacionalni ureditvi, v skladu s katero je za napoved nekaterih posebnih razprodaj potrebno upravno dovoljenje.

29. *Belgijska vlada* Sodišču predlaga, naj na vprašanje za predhodno odločanje odgovori, da Direktiva 2005/29 ne nasprotuje nacionalni ureditvi, ki pogojuje napoved razprodaje s predhodnim dovoljenjem, če naj bi se s tem dovoljenjem varovali samo interesi konkurentov. Vendar naj bi bilo za presojo tega pristojno nacionalno sodišče. Belgijska vlada sicer opozarja, da zgoraj navedene poslovne prakse ni na seznamu Priloge I k tej direktivi.

30. *Komisija* Sodišču predlaga, naj na vprašanje za predhodno odločanje odgovori pritrdilno. Glede možnosti uporabe Direktive 2005/29 za spor v glavni stvari opozarja, da se napoved razprodaje uvršča med poslovne prakse. Poleg tega naj sporne določbe ne bi bile namenjene le varstvu konkurentov, ampak tudi varstvu potrošnikov. Vendar naj splošna prepoved s pridržkom dovoljenja, kakršna je predvidena s spornimi nacionalnimi določbami, ne bi bila združljiva s členom 5(2), (4) in (5) Direktive 2005/29 ter točkama 7 in 15 Priloge I. Poleg tega naj tak mehanizem ne bi bil skladen z zasnovo popolne uskladitve, ki mu sledi ta direktiva. Dalje naj v členu 11 Direktive 2005/29, v skladu s katerim morajo države članice uvesti ustrezna in učinkovita sredstva za boj proti nepoštenim poslovnim praksam, ne bi bilo predvideno, da nacionalni upravni organi opravijo tako predhodno preverjanje vseh zadevnih poslovnih praks. Prav tako naj sporne nacionalne določbe ne bi bile upravičene s členom 3(8) te direktive, saj ta določba velja le za zakonsko urejene poklice, kar pa ne ustreza sporu v glavni stvari. Po mnenju Komisije tudi iz točke 4 Priloge I k Direktivi 2005/29 ni mogoče izpeljati argumenta za dopustnost splošne prepovedi s pridržkom dovoljenja.

VI – Pravna presoja

A – *Uvodne ugotovitve*

31. Zakonodajalec Unije je državam članicam za prenos Direktive 2005/29 določil rok 12. junija 2007, pri čemer bi se morala direktiva dokončno uporabljati od 12. decembra 2007. Potem ko so vse države članice medtem izpolnile to dolžnost pravočasnega prenosa in uporabe,[5] pa se je zdaj treba posvetiti vprašanju, ali je bil prenos v pravne rede držav članic pravilen. Kajti le optimalen prenos lahko zagotovi, da bo dosežen cilj Direktive 2005/29, to je prispevati k pravilnemu delovanju notranjega trga in doseči visoko raven varstva potrošnikov s približevanjem zakonov in drugih predpisov držav članic o nepoštenih poslovnih praksah, ki škodijo ekonomskim interesom potrošnikov[6].

32. Sodišče je v več postopkih za sprejetje predhodne odločbe imelo priložnost, da se posredno opredeli do tega, ali so Belgija,[7] Nemčija,[8] Poljska,[9] Avstrija[10] in Švedska[11] opravile prenos v skladu z Direktivo 2005/29.[12] Kajti čeprav je v postopku predhodnega odločanja na podlagi člena 267 PDEU pristojno razlagati pravo Unije, in ne izreči se o skladnosti nacionalne ureditve s pravom Unije,[13] so ravno te razlage prispevale k boljšemu razumevanju pomena in obsega posameznih določb direktiv. To pa je državam članicam omogočilo, da so naknadno prilagodile določbe o prenosu, da so izpolnile zahteve prava Unije.[14]

33. Doslej so se predlogi za sprejetje predhodne odločbe sodišč držav članic nanašali le na tiste določbe direktiv, na podlagi katerih je mogoče presoditi nepoštenost poslovnih praks. Pri tem se je lahko ugotovilo, da je bilo mogoče nezdružljivost vsakokratnih nacionalnih določb v bistvu zvesti na to, da so v nasprotju z zasnovo popolne uskladitve, ki ji Direktiva 2005/29 sledi na področju prava nepoštenih poslovnih praks.[15] S sprejetjem splošnih prepovedi za posamezne poslovne prakse so države članice

5 — V zvezi s stanjem prenosa v posameznih državah članicah glej Henning-Bodewig, F., „Die Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs in den EU-Mitgliedstaaten: eine Bestandsaufnahme“, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht – Internationaler Teil*, 2010, str. 273 in 274.

6 — Približevanje zakonodaje s področja prava nepoštenih poslovnih praks z direktivami prispeva k temu, da se cilj vzpostavitve notranjega trga doseže tako, da je zagotovljena višja raven varstva potrošnikov. Prednost te metode je, da se tako skoraj ne pojavljajo več nasprotja med zadevnimi temeljnimi svobodami in nacionalnimi ukrepi varstva potrošnikov, saj je interesa uskladil že zakonodajalec Unije (izključno za problematiko glede načinov prodaje na področju prava o prometu blaga glej Picod, F., „La jurisprudence Keck et Mithouard, a-t-elle un avenir“, *L'entrave dans le droit du marché intérieur*, Bruselj, 2011, str. 47).

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

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

9 — Sodba z dne 11. marca 2010 v zadevi Telekomunikacja Polska (C-522/08, ZOdl., str. I-2079).

10 — Sodba z dne 9. novembra 2010 v zadevi Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag (C-540/08, ZOdl., str. I-10909, v nadaljevanju: sodba Mediaprint). Glej v zvezi z dolžnostjo pravilnega prenosa, ki jo imajo države članice, Griller, S., „Direktwirkung und richtlinienkonforme Auslegung“, *10 Jahre Anwendung des Gemeinschaftsrechts in Österreich*, Dunaj/Gradec 2006, str. 91, ki se je podrobno ukvarjal z učinkom direktiv v avstrijskem pravnem redu.

11 — Sodba z dne 12. maja 2011 v zadevi Ving Sverige (C-122/10, ZOdl., str. I-3903).

12 — Za pregled sodne prakse glej Namysłowska, M., „Trifft die Schwarze Liste der unlauteren Geschäftspraktiken ins Schwarze? Bewertung im Lichte der EuGH-Rechtsprechung“, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht - Internationaler Teil*, 2010, str. 1033.

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

14 — Bernitz, U., „The unfair commercial practices directive: its scope, ambitions and relation to the law of unfair competition“, *The regulation of unfair commercial practices under EC Directive 2005/29 – New rules and techniques* (ur. Stephen Weatherill/Ulf Bernitz), izhaja iz tega, da bo za zagotovitev pravilnega prenosa Direktive 2005/29 potrebnih precej predlogov za sprejetje predhodne odločbe. Po avtorjevem mnenju bi lahko ta proces vključeval tudi tožbe zaradi neizpolnitve obveznosti, ki jih Komisija vloži proti državam članicam, ki želijo ohraniti posebne nacionalne določbe, ki so v nasprotju s to direktivo.

15 — Zimmermann, R., „The present state of European private law“, *American Journal of comparative law*, 2009, str. 479, meni, da bo prehod od minimalne do popolne uskladitve na nekaterih področjih prava Unije državam članicam povzročal težave. Basedow, J., „Der Europäische Gerichtshof und das Privatrecht“, *Archiv für die civilistische Praxis*, 2010, str. 190, računa, da bo ta prehod vodil do številnih postopkov za sprejetje predhodne odločbe pred Sodiščem. Zdi se, da se ta napoved glede Direktive 2005/29 potrjuje.

želele nedopustno razširiti prepovedane poslovne prakse iz Priloge I k Direktivi 2005/29.[16] To je bil tudi predmet zadeve Mediaprint (C-540/08), ki se je nanašala na prepoved prodaje z nagradami iz avstrijskega UWG. Zato je Sodišče tudi ugotovilo, da Direktiva 2005/29 nasprotuje taki nacionalni ureditvi, ki določa splošno prepoved.[17]

B – *Analiza pravnih vprašanj*

34. Med tisto zadevo in to obstajajo nekatere vzporednice, saj se želi s tem vprašanjem za predhodno odločanje od Sodišča izvedeti, ali je sporna nacionalna ureditev o napovedi razprodaj prav tako oblikovana kot splošna prepoved, ki je v nasprotju z Direktivo 2005/29. Pri tem se ne sme prezreti, da ima navedena problematika poleg tega tudi procesnopravno sestavino: predložitveno sodišče želi namreč pojasnilo, ali prepoved s pridržkom dovoljenja, kakršna je predvidena v avstrijskem pravu, ustreza zahtevam Direktive 2005/29. S tem je povezano vprašanje postopkovne primernosti oblikovanja instrumentov za boj proti nepoštenim poslovnim praksam, pri čemer bo treba preveriti, ali Direktiva 2005/29 dopušča, da upravni organi take poslovne prakse predhodno preverijo. Ob upoštevanju, da to vprašanje še ni bilo predmet sodne prakse Sodišča, si zasluži posebno analizo.

35. Za koristen odgovor predložitvenemu sodišču in zaradi preglednosti bom analizo vprašanja za predhodno odločanje usmerila v tri različne tematske sklope: najprej bom preverila, ali je mogoče Direktivo 2005/29 uporabiti v sporu v glavni stvari in ali se lahko uporabi kot merilo za presojo pravilnega prenosa prava Unije v nacionalno pravo. Nato se bom posvetila zgoraj navedeni postopkovnopravni problematiki. Nazadnje bom raziskala, ali nacionalne določbe o dovolitvi napovedi razprodaj ustrezajo materialnopravnim zahtevam te direktive.

1. Uporaba Direktive 2005/29

a) Stvarno področje uporabe

36. Da bi lahko sporna nacionalna ureditev spadala na stvarno področje uporabe Direktive 2005/29, bi moral biti njen predmet poslovna praksa podjetij v razmerju do potrošnikov. Glede tega je treba navesti, da člen 2(d) te direktive zelo široko opredeljuje pojem poslovne prakse kot „vsako dejanje, opustitev, ravnanje, razlago, tržne komunikacije, vključno z oglaševanjem in trženjem, s strani trgovca, neposredno povezano s promocijo, prodajo ali dobavo izdelka potrošnikom“.[18] Oglaševalski ukrepi, kot so ti iz postopka v glavni stvari, ki se nanašajo na prodajo blaga potrošniku po cenah, znižanih iz posebnega razloga, se zagotovo uvrščajo v okvir poslovne strategije trgovca ter so neposredno povezani s promocijo in prodajo. Zato pomenijo poslovne prakse v smislu zgoraj navedene opredelitve, tako da nacionalne določbe, kot so te v obravnavanem primeru, s katerimi je podrobneje urejeno njihovo izvajanje, spadajo na stvarno področje uporabe Direktive 2005/29.

16 — Kot ustrezno razlaga Micklitz, H.-W., „Full Harmonisation of Unfair Commercial Practices under Directive 2005/29“, *International review of intellectual property and competition law*, zvezek 40 (2009), št. 4, str. 371, državam članicam ob sprejetju Direktive 2005/29 morda ni bilo popolnoma jasno, kako močno bo zasnova popolne uskladitve vplivala na njihovo nacionalno pravo.

17 — Sodba Mediaprint (navedena v opombi 10, točka 38).

18 — Glej sodbe VTB-VAB (navedena v opombi 7, točka 50), Plus Warenhandelsgesellschaft (navedena v opombi 8, točka 36) in Mediaprint (navedena v opombi 10, točka 17) ter sklep z dne 30. junija 2011 v zadevi Wamo (C-288/10, ZOdl., str. I-5835, točka 30).

b) Osebno področje uporabe

37. Odgovor na vprašanje, ali sporna nacionalna ureditev spada na osebno področje uporabe Direktive 2005/29, je odvisen od tega, ali je ta ureditev tako kot ta direktiva sama namenjena tudi varstvu potrošnikov. V sodbi Mediaprint [19] je Sodišče ugotovilo, da spada nacionalna ureditev v zvezi z nepoštenimi poslovnimi praksami na področje uporabe Direktive 2005/29 tudi takrat, kadar njen namen ni zgolj varstvo potrošnikov, ampak sledi tudi drugim ciljem. Kot namreč izhaja iz uvodne izjave 6 Direktive 2005/29, so s področja uporabe te direktive izvzeti le tisti nacionalni predpisi, ki škodijo *samo* ekonomskim interesom konkurentov ali zadevajo poslovanje med trgovci. Zato čeprav cilj ureditve o napovedi razprodaj iz člena 33a in naslednjih UWG ni zgolj varstvo potrošnikov, ampak tudi varstvo konkurentov ali celo pretežno konkurentov, to ne bi izključilo uporabe Direktive 2005/29.

38. Kot je Sodišče večkrat pojasnilo v sodni praksi, [20] mora predložitveno sodišče, ki mora tudi razlagati nacionalno pravo, razjasniti, ali je sporna nacionalna določba res namenjena varstvu potrošnikov, zato da se lahko ugotovi, ali taka določba spada na področje uporabe Direktive 2005/29. Poleg tega je treba ugotoviti, da predložitveno sodišče v predložitveni odločbi [21] pretežno zagovarja stališče, da gre pri napovedi razprodaje na podlagi določbe člena 33a(1) UWG „nedvomno za poslovno prakso v smislu Direktive 2005/29“, s čimer se očitno predpostavlja, da sporna ureditev spada na njeno področje uporabe. Tako se tudi implicitno sprejema, da je sporna ureditev vsekakor namenjena tudi varstvu potrošnikov.

39. Za tako sklepanje govori nekaj znakov. Kot je mogoče razbrati iz navedb avstrijske vlade [22] in Schutzverband [23], sodne prakse avstrijskih sodišč [24] in pravne teorije [25], je namen ureditve o razprodajah v členu 33a(1) UWG preprečiti zlorabo (navideznih) razprodaj pod krinko privlačnosti javnih napovedi, da je podjetnik zaradi izjemno nujnih okoliščin prisiljen v razprodajo po posebno ugodnih pogojih ali cenah. Ta ureditev zajema le napovedane razprodaje, zlasti ker je tako ustvarjen vtis posebnih ugodnosti pri nakupu. Tovrstne napovedi se dajo z lahkoto zlorabiti za psihološki vpliv na kupce in v škodo konkurentov. Da bi to preprečili, člen 33a(1) UWG pogojuje dopustnost take napovedi s pridobitvijo upravnega dovoljenja. Tako naj bi se upoštevalo varstvo potrošnikov in konkurentov na eni strani ter varstvo strank pred psihološkim vplivom na drugi strani.

40. Zato je za ta postopek vsekakor treba izhajati iz tega, da ta ureditev spada tudi na osebno področje uporabe Direktive 2005/29, kar mora sicer potrditi še predložitveno sodišče.

c) Neuporaba izjeme

41. Odgovor glede uporabe Direktive 2005/29 je lahko pritrdilen le, če v sporu v glavni stvari ni mogoče uporabiti izjeme. Schutzverband v svojih navedbah s sklicevanjem na člen 3(8) te direktive izraža dvom o njeni uporabi. V skladu s to določbo, s katero so nekatere zadeve izvzete s stvarnega področja uporabe, „[t]a direktiva ne posega v […] sisteme izdajanja dovoljenj […] ali druga posebna pravila o zakonsko urejenih poklicih“. Schutzverband iz tega sklepa, da ureditve izdajanja dovoljenj, kot so pridržek upravnih organov zaradi preučitve – vključno z ureditvijo v členu 33b(1) in naslednjih

19 — Navedena v opombi 10, točke od 21 do 24.

20 — Glej sklep Wamo (naveden v opombi 18, točka 28).

21 — Glej str. 7 predložitvene odločbe.

22 — Glej točki 7 in 8 vloge avstrijske vlade.

23 — Glej točko 6 vloge Schutzverband.

24 — Glej sodbe Verwaltungsgerichtshof z dne 25. februarja 1993 (opr. št. 93/04/0011) in z dne 14. aprila 1999 (opr. št. 98/04/0159/št. zbirke: 15123 A/1999) ter sodbo Oberster Gerichtshof z dne 25. marca 2003 (opr. št. 4Ob48/03t).

25 — Glej Duursma, D., v: *UWG – Kommentar* (ur. Maximilian Gumpoldsberger/Peter Baumann), Dunaj 2006, člen 33a, točka 1, str. 1185; Wiltschek, L., *UWG – Kommentar*, 2. izdaja, Dunaj 2007, člen 33a–f, točka 1, str. 1034, in Feik, R., *Öffentliches Wirtschaftsrecht* (ur. Michael Holoubek/Michael Potacs), Dunaj 2002, str. 177.

UWG o postopku izdaje dovoljenja, ki ga mora izvesti upravni organ, kar zajema tudi vsebino odločbe – niso zajete s področjem uporabe. Tem navedbam pa je mogoče oporekati, da v sporu v glavni stvari ne gre za posebno nacionalno ureditev „zakonsko urejenega poklica“ v smislu te določbe. Zato te izjeme ni mogoče uporabiti.

d) Vmesni predlog

42. Glede na vse navedeno je treba ugotoviti, da v sporu v glavni stvari nič ne kaže na to, da se v sporu v glavni stvari Direktiva 2005/29 ne uporabi. Vendar bo moralo to presoditi predložitveno sodišče.

2. Postopkovnopravni vidiki vprašanja za predhodno odločanje

43. Potem ko je bilo v načelu pritrdilo odgovorjeno, da se Direktiva 2005/29 uporabi, je treba dalje preveriti, ali je tudi avstrijski zakonodajalec pri oblikovanju postopkovnopravnih sredstev za izvajanje te direktive na nacionalni ravni upošteval v njej vsebovane zahteve prava Unije. Ker predlog za sprejetje predhodne odločbe načenja več pravnih vprašanj, jih bom zaradi preglednosti obdelala po vrsti.

a) Pristojnost nacionalnih upravnih organov za preverjanje

44. Prvo postopkovnopravno vprašanje, ki ga načenja predlog za sprejetje predhodne odločbe, je, ali Direktiva 2005/29 dopušča, da upravni organi preverjajo poštenost poslovnih praks. Po mojem mnenju odgovor izhaja iz določb členov 11 in 12 te direktive, iz katerih je razvidno, da so države članice pooblaščene, da za uveljavitev skladnosti s to direktivo uvedejo sodni postopek oziroma postopek pred upravnimi organi za boj proti nepoštenim poslovnim praksam. Alternativnost teh vrst postopka, ki je jasno izražena v besedilu („sodišča ali upravni organi“) posameznih določb, kaže, da je izbira primernega postopka načeloma prepuščena prosti presoji držav članic.[26] Ob upoštevanju navedenega je treba ugotoviti, da Direktiva 2005/29 vsekakor dopušča, da se naloga preverjanja poštenosti poslovnih praks prenese na upravne organe.

b) Pristojnost upravnih organov za predhodno preverjanje

45. Naslednje postopkovno vprašanje, ki se tu pojavi, je – kot je bilo že omenjeno – ali Direktiva 2005/29 dopušča, da upravni organi opravijo predhodno preverjanje takih poslovnih praks. V zvezi s tem je treba ugotoviti, kakor je pravilno navedlo predložitveno sodišče v predložitveni odločbi[27], da ta direktiva tega nikakor ni prepoveduje. Iz Direktive 2005/29 ne izhaja, da dopušča samo naknadna

26 — Glej Holzmayr-Schrenk, T., Die Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken, München 2010, str. 68, v skladu s katerim je sicer cilj Direktive 2005/29 popolna uskladitev, vendar za boj proti nepoštenim poslovnim praksam ne predpisuje nobenega posebnega sistema. Stolze, C., *Harmonisierung des Lauterkeitsrechts in der EU – Unter besonderer Berücksichtigung der Sanktionssysteme*, Hamburg 2010, str. 159, opozarja na člena 11 in 12 Direktive 2005/29, iz katerih naj bi bilo razvidno, da je državam članicam prepuščeno, da varstvo pred nepoštenimi poslovnimi praksami uredijo upravnopravno ali civilnopravno. Alexander, C., „Die Sanktions- und Verfahrensvorschriften der Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken im Binnenmarkt – Umsetzungsbedarf in Deutschland?“, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht – Internationaler Teil*, 2005, str. 810, opozarja, da je pravo Unije predpise o kaznih in postopkovne predpise držav članic do zdaj le natančno usklajevalo in da ne predpisuje posebnega sistema za boj proti nepoštenim poslovnim praksam. Direktiva 2005/29 naj glede tega sprejemanja različnih sistemov priprave zakonodaje v pravu Unije ne bi ničesar spremenila. Še vedno naj bi bilo v presoji nacionalnega zakonodajalca, ali bo boj proti nepoštenim poslovnim praksam potekal po upravnopravni, kazenskopravni ali civilnopravni poti. Ciatti, A., „La tutela amministrativa e giurisdizionale“, *La pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori* (ur. Giovanni De Cristofaro), Torino 2007, str. 267, pojasnjuje, da čeprav sta za Direktivo 2005/29 značilni natančnost in podrobnost v zvezi z materialnopravnimi zahtevami glede nacionalnega prava o prenosu, naj to ne bi veljalo glede mehanizmov izvajanja in kazni, zlasti ker je nacionalnemu zakonodajalcu dano široko polje proste presoje.

27 — Glej točko 3 predložitvene odločbe.

preverjanja, zaradi česar bi bila za določene poslovne prakse izključena izdaja predčasnega dovoljenja upravnega organa. Kot bom pojasnila v nadaljevanju, je mogoče ob upoštevanju sistematike upoštevnih določb z razlago navesti celo argumente za združljivost takega predhodnega preverjanja z Direktivo 2005/29.

46. Najprej je iz osrednje določbe v členu 11(1), prvi pododstavek, Direktive 2005/29 razvidna dolžnost držav članic, ki izhaja iz prava Unije, da „zagotovijo, da so v interesu potrošnikov z namenom uveljavitve skladnosti z določbami te direktive na voljo ustrezna in učinkovita sredstva za boj proti nepoštenim poslovnim praksam“. To pomeni, da je ukrep države članice združljiv s to direktivo, če je „ustrezen“ in „učinkovit“ za končanje nepoštenih poslovnih praks. Tako je – kot sem pojasnila že v sklepnih predlogih v zadevi Banco Español de Crédito [28] – državam članicam dano široko polje proste presoje, [29], zlasti ker teoretično pridejo v poštev različni ukrepi, ki izpolnjujejo oba pogoja. Nazadnje bi smeli biti izločeni le očitno neustrezni in neučinkoviti ukrepi. S to določbo se upoštevajo, kot je treba ugotoviti tudi glede drugih pravnih instrumentov s področja varstva potrošnikov [30], različne pravne tradicije držav članic.

47. Za katere konkretne ukrepe lahko gre pri tem, določa Direktiva 2005/29 v členu 11(1) in (2), kjer na primer predvideva, da lahko oseba ali organizacija, ki ima po nacionalnem pravu upravičen interes za boj proti nepoštenim poslovnim praksam, sproži sodni postopek proti takim nepoštenim poslovnim praksam [31] in/ali uvede postopek pred upravnim organom. Poleg tega člen 11(2) določa vrsto pooblastil nacionalnim sodiščem oziroma upravnim organom, ki jih morajo ti imeti za prepoved nepoštenih poslovnih praks. K tem spadajo odobritev začasnega pravnega varstva in naložitev ukrepov za odpravo posledic takih poslovnih praks. Na to, da seznam nikakor ni taksativen [32], ampak pomeni le minimalni standard, ki se ga morajo države članice držati, [33] kaže po eni strani osrednja določba člena 11(1), prvi pododstavek, kjer se na splošno govori o „sredstvih“, ne da bi bili omenjeni posamezni ukrepi. Podrobnejša opredelitev je šele v drugem pododstavku, ki določa, da zadevna sredstva „vključujejo“ ukrepe, ki so natančneje navedeni v nadaljevanju. Besedilo te določbe kaže na to, da morajo države članice v svoj pravni red vsekakor uvesti izrecno navedene ukrepe. To pa ne dopušča sklepa, da bi jim bilo pravno preprečeno, da uvedejo druge, morda ravno tako ustrezne in učinkovite postopke ali pravna sredstva.

28 — Predstavljeni 14. februarja 2012 (sodba z dne 14. junija 2012, C-618/10, točka 105).

29 — Glej Stolze, *op. cit*. (opomba 26), str. 158, ki meni, da prožno besedilo Direktive 2005/29 državam članicam pri prenosu določb o uveljavljanju pravic v smislu členov 11 in 12 pušča široko polje za ureditev. Podobno tudi Koch, E., *Die Richtlinie gegen unlautere Geschäftspraktiken – Aggressives Geschäftsgebaren in Deutschland und England und die Auswirkungen der Richtlinie*, Hamburg 2006, str. 55. Glej Henning-Bodewig, F., „Die Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken“, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht – Internationaler Teil*, 2005, str. 633, ki opozarja, da se v Direktivi 2005/29 v bistvu ponavljajo določbe Direktive 84/450/EGS. Te naj bi dopuščale občutno širše polje proste presoje za vse vrste civilnopravnih, kazenskopravnih in upravnopravnih sistemov, če bi se ti primerno in učinkovito borili proti nelojalni konkurenci. Nadaljnja uskladitev sistemov, ki se prav na področju uveljavljanja pravic močno razlikujejo, naj z Direktivo 2005/29 ne bi bila dosežena. De Cristofaro, G., „Die zivilrechtlichen Folgen des Verstoßes gegen das Verbot unlauterer Geschäftspraktiken: eine vergleichende Analyse der Lösungen der EU-Mitgliedstaaten“, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht – Internationaler Teil*, 2010, str. 1023, graja različne določbe, ki so bile sprejete na podlagi člena 11 Direktive 2005/29, in iz tega sklepa, da je ambiciozen poskus popolne uskladitve pravnih redov držav članic glede B2C nepoštenih poslovnih praks spodletel.

30 — Besedilo členov 11 in 12 Direktive 2005/29 je enako besedilu členov od 4 do 6 Direktive Sveta z dne 10. septembra 1984 o približevanju zakonov in drugih predpisov držav članic o zavajajočem oglaševanju (84/450/EGS) (UL, posebna izdaja v slovenščini, poglavje 15, zvezek 1, str. 227). Člen 11(1) Direktive 2005/29 pa je nekoliko podoben členu 7(1) Direktive Sveta 93/13/EGS z dne 5. aprila 1993 o nedovoljenih pogojih v potrošniških pogodbah (UL, posebna izdaja v slovenščini, poglavje 15, zvezek 2, str. 288), v skladu s katerim „[d]ržave članice zagotovijo, da v interesu potrošnikov in konkurentov obstajajo ustrezna in učinkovita sredstva za preprečevanje nadaljnje uporabe nedovoljenih pogojev v pogodbah, ki jih s potrošniki sklenejo prodajalci ali ponudniki“. Glej v zvezi s tem moje navedbe v sklepnih predlogih, predstavljenih 6. decembra 2011 v zadevi Invitel (sodba z dne 26. aprila 2012, C-472/10, točka 38).

31 — Glede pomena skupinske tožbe na področju prava varstva potrošnikov glej moje sklepne predloge v zadevi Invitel (navedeni v opombi 30, točki 36 in 37).

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

33 — Glej moje sklepne predloge v zadevi Banco Español de Crédito (navedeni v opombi 28, točka 105). Glej Stuyck, J., „Enforcement of consumer rights and legal redress for consumers in the EU: An institutional model“, *New frontiers of consumer protection* (ur. Fabrizio Cafaggi/Hans-W. Micklitz), Oxford 2009, str. 72 in 73, ki na eni strani opozarja na pristojnost držav članic pri prostem oblikovanju možnosti uveljavljanja pravic na nacionalni ravni, na drugi strani pa na okoliščino, da Direktiva 2005/29 vsebuje določene minimalne standarde prava Unije, ki jih morajo države članice obvezno spoštovati.

48. Poleg tega člen 11(2)(b) izrecno določa pooblastilo upravnih organov, da prepovejo nepoštene poslovne prakse, če se te sicer „še ne izvajajo, vendar so tik pred izvedbo“. S tem je mišljena predhodna upravna prepoved. Že podobnost s tem mehanizmom predhodne prepovedi in netaksativno naštevanje ukrepov za boj proti nepoštenim poslovnim praksam kažeta na združljivost mehanizma predhodnega preverjanja z Direktivo 2005/29. To velja tudi za izpolnjevanje meril ustreznosti in učinkovitosti iz člena 11(1), prvi pododstavek, te direktive, zlasti ker bi komaj lahko dvomili o tem, da čim zgodnejše prepoznanje nepoštenih poslovnih praks prispeva k njihovi preprečitvi, preden se pokažejo njihovi učinki izkrivljanja konkurence.

49. Navedbe avstrijske vlade [34] o namenu zakonodajalca v zvezi z določbami o napovedi razprodaj se mi v tej zvezi zdijo pomembne. Kažejo na to, da pri razprodajah, za katere se zahteva dovoljenje iz člena 33a in naslednjih UWG, naknadno presojanje nepoštenih poslovnih praks ne bi bilo učinkovito, saj v večini primerov po koncu razprodaj podjetje ne obstaja več. Z njimi so v skladu s členom 33a UWG mišljene „vse javne objave ali sporočila, namenjena večjemu krogu oseb, iz katerih je mogoče sklepati na namen, da se blago v večjih količinah pospešeno prodaja na drobno, in ki so hkrati primerni za ustvarjanje vtisa, da je trgovec zaradi posebnih okoliščin prisiljen pospeševati prodajo, zaradi česar blago ponuja po posebno ugodnih pogojih ali cenah. Objave ali sporočila, v katerih se pojavljajo besede ‚razprodaja‘, ‚prodaja zaradi zaprtja trgovine‘, ‚odprodaja‘, ‚nujno prodamo‘, ‚prodaja pod ceno‘, ‚praznimo skladišče‘ ali besede s podobnim pomenom, vsekakor veljajo za napoved razprodaje“.

50. Neodvisno od vprašanja, ali je treba take javne objave opredeliti kot „nepoštene poslovne prakse“ v smislu Direktive 2005/29, kar je končno pridržano za presojo posameznega primera, se zdi pravočasen poseg organov v predstavljene pogoje razprodaje, zaradi katerih je potrebna posebna nujnost, upravičen. Ureditev, s katero je upravnim organom priznana pristojnost za predhodno preverjanje poslovnih praks, tako izpolnjuje pogoje ustreznosti in učinkovitosti iz člena 11(1), prvi pododstavek, Direktive 2005/29.

51. Zato je z Direktivo 2005/29 načeloma dovoljeno, da države članice svojim upravnim organom priznajo pristojnost za predhodno preverjanje poslovnih praks.

c) Združljivost zakonske prepovedi s pridržkom dovoljenja, za katero so določene sankcije, z Direktivo

52. Če se državam članicam prizna ustrezno pooblastilo, bi jim moralo posledično hkrati pripadati tudi pooblastilo, da nacionalno postopkovno pravo oblikujejo tako, da za uporabo nekaterih poslovnih praks, ki jih je pod določenimi pogoji treba opredeliti kot nepoštene, velja zakonska prepoved s pridržkom dovoljenja. Načeloma ni kršitve Direktive 2005/29, če je trgovec z zakonom zavezan, da pred izvedbo javne razprodaje pridobi upravno dovoljenje, zlasti ker je ta zakonska zahteva le različica postopka, ki je namenjena temu, da se upravnim organom sploh omogoči predhodno preverjanje. Brez vedenja o nameri trgovca, da bo napovedal razprodajo, tako preverjanje, kot je bilo že omenjeno, [35] najverjetneje ne bi bilo smiselno. V tem smislu tako zakonsko oblikovanje nacionalnih postopkovnih pravil zadostuje merilom ustreznosti in učinkovitosti iz člena 11(1), prvi pododstavek, Direktive 2005/29 za boj proti nepoštenim poslovnim praksam.

53. Poleg tega nič v Direktivi 2005/29 ne nasprotuje temu, da bi smele države članice pri takem postopkovnopravnem oblikovanju v svojih predpisih predvideti tako zakonsko prepoved s pridržkom dovoljenja, da se morajo upravni organi v primeru kršitve zadevne prepovedi omejiti na ugotovitev neobstoja dovoljenja, ne da bi v tej fazi postopka morali sami že odločiti o zadevi. Vse to je seveda pod pogojem, da je trgovcu dana možnost, da naknadno začne ustrezni upravni postopek in vloži prošnjo za izdajo dovoljenja, s katerim se odloči o zadevi, iz česar je treba izhajati v nadaljevanju.

34 — Glej točko 18 vloge avstrijske vlade.

35 — Glej točko 49 teh sklepnih predlogov.

54. Kajti samo v takem primeru učinkuje zakonska konstrukcija prepovedi s pridržkom dovoljenja kot del postopkovnopravnega mehanizma za zagotovitev predhodnega preverjanja. Če bi bila trgovcem odvzeta ustrezna možnost – za kar v sporu v glavni stvari sicer ni znakov – bi se taka konstrukcija izrazila kot dokončna prepoved, ki bi bila izenačena s splošno prepovedjo opravljanja poslovnih praks, za kar v Direktivi 2005/29 ni nobene podlage. Taka naknadna dokončna prepoved ne bi nasprotovala le liberalni usmeritvi te direktive v korist podjetniške svobode [36], ampak tudi vsebinski zgradbi direktive, v skladu s katero so poslovne prakse načeloma dovoljene, če niso izpolnjeni pogoji, da so nepoštene. Kot je namreč Sodišče pojasnilo v sodbi Mediaprint, je poslovno prakso, ki spada na področje uporabe Direktive 2005/29, če ni omenjena v Prilogi I k tej direktivi, mogoče šteti za nepošteno in tako tudi za prepovedano samo na podlagi posebne analize, zlasti ob upoštevanju meril iz členov od 5 do 9 te direktive [37]. Poleg tega bi to bila sankcija, ki ni povezana s ciljem zagotoviti izvrševanje Direktive 2005/29. Temu se bom podrobneje posvetila v okviru analize materialnopravnih pravnih vprašanj.

55. Okoliščina, da je za kršitve na podlagi člena 33f UWG predpisana denarna kazen, sama zase še ne pomeni nezdružljivosti z Direktivo 2005/29, zlasti ker njen člen 13 države članice izrecno zavezuje, da „določijo kazni za kršitve nacionalnih predpisov, sprejetih za uporabo te direktive“. Dalje je v tej določbi Direktive 2005/29 določeno, da države članice „sprejmejo vse ukrepe“, potrebne za zagotovitev izvrševanja te direktive. Te kazni morajo biti „učinkovite, sorazmerne in odvračilne“ [38]. Ob upoštevanju dejstva, da je grožnja z denarno kaznijo načeloma ustrezna za to, da trgovce spodbudi k ravnanju v skladu z zakonom in k temu, da vsako napoved razprodaje, ki morebiti izpolnjuje pogoje nepoštene poslovne prakse v smislu Direktive 2005/29, prijavijo organom, ni dvoma, da je taka kazen učinkovita in hkrati odvračilna. Ni znakov, da taka denarna kazen ne bi bila povezana s ciljem, ki se mu sledi, to je bojem proti nepoštenim poslovnim praksam.

d) Sodni nadzor nad odločitvami upravnih organov

i) Predstavitev problematike

56. Nadaljnji postopkovnopravni vidik, ki ga v predlogu načenja predložitveno sodišče, se nanaša na obseg pristojnosti nacionalnih sodišč za presojo v okviru opustitvenih tožb konkurentov v skladu s členom 34(3) UWG. V bistvu želi izvedeti, ali je nacionalno sodišče zakonsko lahko zavezano, da napoved razprodaje prepove le zato, ker trgovec nima dovoljenja, ne da bi moralo v tem postopku preveriti, ali je ta poslovna praksa zavajajoča, agresivna ali drugače nepoštena.

57. Po mojem mnenju je treba pri odgovoru na to vprašanje zlasti upoštevati pravne učinke, ki jih znotraj nacionalnega pravnega reda povzroči taka sodna prepoved. Postopkovnopravna ureditev, kot je ta v obravnavanem primeru, nikakor ne ustreza zahtevam Direktive 2005/29 , če ne pomeni nič drugega kakor to, da je z njo dokončno prepovedana neka poslovna praksa, ne da bi bilo pred tem pri presoji posameznega primera ugotovljeno, ali je nepoštena. Na nujno zahtevo po presoji posameznega primera, da bi sploh bilo mogoče naložiti ustrezno prepoved, je že bilo opozorjeno. [39]

58. Kot bom pojasnila v svojih sklepih, si je mogoče zamisliti nekatere položaje, v katerih izvedba take presoje ni neomejeno zagotovljena. V tem pogledu bi bilo z Direktivo 2005/29 državam članicam prepovedano z zakonom določiti, da se njihova sodišča v takih primerih omejijo na preverjanje spoštovanja dolžnosti pridobitve dovoljenja.

36 — Glej moje sklepne predloge, predstavljene 21. oktobra 2008 v združenih zadevah VTB-VAB (sodba navedena v opombi 7, točka 81) in sklepne predloge, predstavljene 24. marca 2010 v zadevi Mediaprint (sodba navedena v opombi 10, točka 74).

37 — Sodba Mediaprint (navedena v opombi 10, točka 43).

38 — Če se zakonodajalcu Unije noče naprtiti odvečna dvojna ureditev, je mogoče člen 13 Direktive 2005/29 šteti za specialno podlago za pravne posledice kršitve poštenosti (sankcije), predpisane v nacionalnem pravu, medtem ko se člen 11(1), prvi pododstavek, te direktive nanaša bolj na vprašanja izvajanja in postopkovna vprašanja. Sicer v besedilu Direktive 2005/29 ni strogega razlikovanja med tema področjema, je pa za prenos v nacionalno pravo tudi zgolj drugotnega pomena. V tem smislu Alexander, *op. cit.* (opomba 26), str. 811.

39 — Glej točko 53 teh sklepnih predlogov.

ii) Diskrecijska pravica držav članic glede postopkovnih vprašanj

59. Pred obravnavanjem teh posebnih primerov je priporočljivo razjasniti nekatere vidike pristojnosti držav članic pri oblikovanju opustitvenih tožb. Pri tem se je treba zlasti posvetiti vprašanju, kakšen pravni nadzor morajo pristojna nacionalna sodišča opraviti pri takih tožbah. Povedano drugače, ali se smejo sodišča, ki obravnavajo opustitveno tožbo, omejiti na to, da preverijo spoštovanje formalnosti, kot je izdaja dovoljenja, ali pa so skladno s pravom Unije dolžna preveriti, ali je zadevna poslovna praksa dejansko nepoštena v smislu Direktive 2005/29?

60. Kot je že bilo pojasnjeno, imajo države članice načeloma široko polje proste presoje pri postopkovnem oblikovanju instrumentov za boj proti nepoštenim sodnim praksam.[40] Če se državam članicam prizna – kar se zagovarja tukaj – s pravom Unije priznano pooblastilo za nadzor nad poštenostjo v poslovnem prometu po pooblastilu za predhodno preverjanje, danem nacionalnim organom, iz tega izhaja, da jim je prav tako treba priznati pooblastilo, da v svojih pravnih redih predvidijo, da morajo sodišča v okviru opustitvenih tožb uporabiti enaka pravna merila kot upravni organi. To velja toliko bolj, ker je sodna prepoved napovedi razprodaj na tožbo konkurenta na podlagi člena 34(3) UWG v bistvu namenjena temu, da s sredstvi rednega sodstva[41] zagotovi učinkovitost zakonske konstrukcije, kot je ta v obravnavanem primeru. Opustitvene tožbe niso nič drugega kakor „sredstvo“ v smislu člena 11 Direktive 2005/29, ki ga lahko uporabijo konkurenti za očitanje kršitve dolžnosti pridobitve dovoljenja. Zakonska grožnja s sodno odrejeno prepovedjo je konec koncev namenjena temu, kot je prepričljivo pojasnila Schutzverband pri ustnih navedbah, da trgovce prisili, da upoštevajo postopek izdaje dovoljenja iz člena 33b UWG.

61. Za koherentno zagotovitev pravnega varstva na nacionalni ravni je nujno, da organi in sodišča pri preverjanju, ali je trgovec ravnal pravilno, uporabljajo enaka pravna merila. Če je trgovec kršil dolžnost pridobitve dovoljenja iz člena 33b UWG, je načeloma legitimno, da se v nacionalnem pravu predpiše, da se sodni nadzor v postopku na podlagi člena 34(3) UWG omeji na vprašanje, ali se je za nameravano napoved na podlagi nacionalnega prava zahtevalo dovoljenje in ali je bilo pridobljeno ustrezno dovoljenje, ne da bi moralo sodišče pri tem nujno odločiti o nepoštenosti zadevne poslovne prakse.

62. Tako je treba pritrditi, da Direktiva 2005/29 državam članicam načeloma dopušča, da z zakonom določijo, da se morajo nacionalna sodišča v okviru opustitvenih tožb omejiti na preverjanje spoštovanja dolžnosti pridobitve dovoljenja.

iii) Prepoved neupoštevanja dolžnosti za presojo posameznega primera

63. Polje proste presoje, ki je dano državam članicam za oblikovanje takih „sredstev“, pa ni neomejeno. Izkoriščati ga je mogoče le v mejah, določenih z Direktivo 2005/29. Za problematiko, ki jo treba tu obdelati, to pomeni, da opustitvenih tožb nikakor ni mogoče oblikovati tako, da se prepreči izpolnitev s pravom Unije določene dolžnosti za presojo posameznega primera – pa naj bo to v sodnem postopku ali naknadno.

40 — Glej točko 46 teh sklepnih predlogov.

41 — Kot je razvidno iz člena 34(3) UWG, je mogoče opustitveni zahtevek uveljavljati le po redni sodni poti, torej na sodiščih, ki odločajo o civilnih zadevah. Za opustitveni zahtevek v skladu s tem predpisom je malomarnost enako malo pomembna kot namen, da se s kršitvijo pridobi prednost pred konkurenti, ki ravnajo v skladu z zakonom. Enako velja za preprečitveni zahtevek iz člena 15 UWG. Poleg tega tudi pri kršitvah določb, ki so urejene v oddelku II, h katerim spadajo sporne določbe, pride v poštev začasno pravno varstvo iz člena 24 UWG (glej Duursma, *op. cit.* (opomba 25), člen 34, točka 4, str. 1203).

64. V skladu z navedenimi ugotovitvami glede upravnega postopka [42] sodna prepoved ne sme voditi k temu, da bi bila trgovcu na primer onemogočena pravica, da naknadno začne ustrezen upravni postopek in vloži prošnjo za izdajo dovoljenja. Kajti šele tedaj sodna prepoved ne bi imela več funkcije postopkovnopravne zagotovitve spoštovanja pooblastila organov za predhodno preverjanje. Šlo bi, nasprotno, za dokončno sodno prepoved, ki bi bila izenačeno s splošno prepovedjo opravljanja poslovnih praks.

65. Ob upoštevanju teh ugotovitev nacionalna ureditev, kot je ta v obravnavanem primeru, nikakor ne bi bila združljiva z zadevno direktivo, če bi okoliščina, da ni bilo pridobljeno predhodno dovoljenje, nepovratno vodila k prepovedi prakse, kot je ta v obravnavanem primeru, ne da bi bila njena poštenost podvržena vsebinskemu preverjanju na sodni ali upravni ravni. Drugače povedano, podjetniku mora biti omogočeno, da se v sodnem ali upravnem postopku opravi presoja posameznega primera, tudi če sprva ni ravnal v skladu s postopkom in ni pridobil predhodnega dovoljenja. Iz tega ne izhaja nujno trajna prepoved poslovne prakse, ki je sama po sebi poštena. Od tega pa je treba razlikovati vprašanje, ali je dopustno, da se podjetniku naloži sankcija že zato, ker je ravnal v nasprotju z nacionalnimi postopkovnimi določbami. Tega v okviru postopkovne avtonomije, ki je državam članicam priznana z Direktivo 2005/29, načeloma ni mogoče očitati. [43] Očitek pa bi bil mogoč, če bi iz nacionalnih postopkovnih določb pravno ali dejansko izhajala preprečitev poštene poslovne prakse, ki sama po sebi ni sporna. [44]

66. Povečano tveganje za preprečitev bi obstajalo na primer takrat, kadar je za trgovca še posebej pomemben časovni vidik. Tako bi bilo morda pri razprodaji sezonskih izdelkov [45], ki se po naravi stvari prodajajo le v določenih obdobjih leta. Sodna prepoved napovedi razprodaj za zadevno obdobje samo zaradi neobstoja dovoljenja bi dejansko učinkovala kot absolutna prepoved. Sicer bi trgovec načeloma lahko vložil naknadno prošnjo za izdajo dovoljenja. Vendar razprodaja zunaj zadevnega obdobja z njegovega stališča ne bi imela več nobenega smisla. Zato bi vsakršna sodna odločba, s katero je izključno ugotovljena kršitev dolžnosti pridobitve dovoljenja, končno vodila že k trajni prepovedi ukrepa, ki sam po sebi ni sporen. Vendar si je mogoče zamisliti, da je razglasitev trajne prepovedi zaradi gole postopkovne nepravilnosti v nasprotju s ciljem Direktive 2005/29, ki je prepoved le takih poslovnih praks, ki so dejansko agresivne, zavajajoče ali drugače nepoštene.

67. Zdi se, da je avstrijski zakonodajalec upošteval ta specifični primer, ko je v členu 33a(2) UWG iz dolžnosti pridobitve dovoljenja od vsega začetka izvzel tako imenovane „razprodaje ob koncu sezone“. Namen razprodaj ob koncu sezone, ki izhajajo iz trgovinskih praks, je trgovcem omogočiti odprodajo preostanka izdelkov, predvsem tipičnih sezonskih in modnih izdelkov. Tako so namenjene izpraznitvi skladišč, preprečile naj bi razvrednotenje blaga in povečale likvidnost. [46] Kot je mogoče razbrati iz ustnih navedb avstrijske vlade in sodne prakse avstrijskih sodišč [47], obsegajo razprodaje ob koncu sezone zgoraj navedene sezonske izdelke, pa tudi drugo blago, ki ne spada nujno v to kategorijo [48],

42 — Glej točko 53 teh sklepnih predlogov.

43 — Glej točko 55 teh sklepnih predlogov.

44 — Civilno postopkovno pravo držav članic nikakor ni izvzeto iz zahtev prava Unije. Predvsem z njim ne sme biti praktično onemogočeno ali preprečeno uresničevanje pravnih položajev, ki jih daje pravo Unije. Z njim morajo biti predpisana pravna sredstva, ki omogočajo učinkovito izvajanje prava Unije (glej Hess, B., *Europäisches Zivilprozessrecht*, Heidelberg 2010, člen 11, str. 621, točka 7). V zvezi s to problematiko bi bil preprečen cilj Direktive 2005/29, če bi bilo dopuščeno, da je dokončno prepovedana poslovna praksa, ki je sama po sebi poštena, samo zato ker ni bila upoštevana zahteva postopka (tu: dolžnost pridobitve dovoljenja). Pri oblikovanju postopka velja, da je treba interese nacionalnega zakonodajalca (tu: pravočasna obvestitev upravnih organov o potencialno nepošteni poslovni praksi) uskladiti z interesom zakonodajalca Unije glede tega, da so prepovedane samo zares nepoštene poslovne prakse. Za zagotovitev, da se pravni položaj (tu: svobodno opravljanje poštene poslovne prakse) ne bo nepopravljivo poslabšal, mora nacionalni zakonodajalec poskrbeti za potrebna pravna sredstva.

45 — K njim spadajo med drugim izdelki, ki se tipično uporabljajo ob tradicionalnih praznovanjih, kot so božič, silvestrovo, pust in velika noč (na primer dekoracija, kostumi, živila, pirotehnika).

46 — Glej Duursma, *op. cit.* (opomba 25), člen 33a, točka 11, str. 1189, in Wiltschek, *op. cit.* (opomba 25), člen 33a–f, točka 59, str. 1039.

47 — Glej sodbi Oberster Gerichtshof z dne 16. junija 1987 (opr. št. 4 Ob 342/87) in z dne 29. junija 1993 (opr. št. 4 Ob 54/93). Sodba Verwaltungsgerichtshof z dne 16. decembra 1998 (opr. št. 97/04/0090).

48 — Glej sodbo Oberster Gerichtshof z dne 29. junija 1993 (opr. št. 4 Ob 54/93), v kateri se je štela prodaja orientalskih preprog med sezonsko delno razprodajo za dopustno, čeprav tovrstno blago ni tipično sezonsko.

tako da je mogoče v okviru avstrijskega pravnega reda izhajati iz širokega razumevanja te določbe o izjemi. Pravilnost te izjave predpostavlja, da bi člen 33a(2) UWG končno prispeval k povečanju tveganja za praktično preprečitev opravljanja poštene poslovne prakse. Trgovčeva gospodarska dejavnosti bi namreč že od vsega začetka veljala za dejavnost, za katero se ne zahteva dovoljenje, kar bi povzročilo, da zanjo ne bi veljale nobene postopkovnopravne zahteve in tako nobene omejitve, če njegove poslovne prakse ne bi bile razglašene za nepoštene v pravnem smislu. V tem smislu bi zadevna nacionalna ureditev – vsekakor v zvezi s tu obravnavanim primerom – načeloma ustrezala zahtevam Direktive 2005/29.

68. V sklepu je treba pritrditi, da nacionalna ureditev, kot je ta v obravnavanem primeru, ne sme voditi do tega, da se trgovcu dokončno in za stalno prepove opravljanje poslovne prakse, ki je sama po sebi poštena. Nasprotno mora biti trgovcu omogočeno, da na podlagi Priloge I k Direktivi 2005/29 in meril iz členov od 5 do 9 te direktive pridobi odločitev organov, pristojnih v zadevi. Predložitveno sodišče, ki razpolaga z neposrednim vedenjem o okoliščinah na kraju samem in je izključno pristojno za razlago nacionalnega prava, mora presoditi, ali nacionalno postopkovno pravo za to predpisuje zadostna jamstva.

e) Vmesni predlog

69. Navedena analiza postopkovnopravnih vidikov vprašanja za predhodno odločanje je pokazala, da Direktiva 2005/29 načeloma ne nasprotuje nacionalni ureditvi, kakršna je ta v postopku v glavni stvari, v skladu s katero napoved razprodaje brez dovoljenja pristojnega upravnega organa ni dopustna in jo je zato v sodnem postopku treba prepovedati, ne da bi moralo sodišče v tem postopku preveriti, ali je ta poslovna praksa zavajajoča, agresivna ali drugače nepoštena, če je zagotovljeno, da poslovna praksa, ki je sama po sebi poštena, ni dokončno prepovedana. Trgovcu mora biti omogočeno, da se opravi preverjanje poštenosti zadevne poslovne prakse v posameznem primeru v sodnem ali upravnem postopku [49].

3. Materialnopravni vidiki vprašanja za predhodno odločanje

a) Splošno

70. Pravilen prenos materialnopravnih določb Direktive 2005/29 v avstrijsko pravo – vsekakor glede posebnega področja napovedi razprodaj – je eno od osrednjih vprašanj tega vprašanja za predhodno odločanje. Vprašanje o združljivosti določb členov 33a in naslednjih UWG se postavlja zato, ker so pravne podlage, na katerih morajo upravni organi odločiti, ali bodo trgovcu izdali dovoljenje. Odklonitev izdaje na pravni podlagi, ki je v nasprotju z Direktivo 2005/29, bi bila upravna odločba, ki bi bila prav tako v nasprotju s to direktivo. Predložitveno sodišče ne izključuje, da nekatere od teh pravnih podlag niso v skladu z Direktivo 2005/29. [50]

71. Nezdružljivost zadevnih nacionalnih določb bi lahko izhajala iz tega, da je z njimi upravnim organom dan program za odločanje, ki ne ustreza tistemu iz Direktive 2005/29. V ta program za odločanje bi lahko spadala tudi merila, na podlagi katerih morajo upravni organi presoditi nepoštenost poslovnih praks. Glede na to, da se s to direktivo poskušajo popolnoma uskladiti materialnopravne

49 — Na primeru postopkovnopravnih zahtev, ki jih vsebuje Direktiva 2005/29 za njeno izvajanje v posameznih državah članicah, se jasno prepozna ozka povezava med nadnacionalno in nacionalno ravnjo urejanja. Avtor direktive se omejuje na določitev splošnih določb in minimalnih pogojev ter sicer prepušča podrobnejše oblikovanje sredstev za izvajanje nacionalnemu zakonodajalcu. Ti ravni urejanja sta sestavni del medsebojno prepletenega „sistema dveh ravni“, kot bi ga imenoval Grundmann, S., „Systemdenken und Systembildung“, v: *Europäische Methodenlehre* (ur. Karl Riesenhuber), 2. izdaja, Berlin 2010, člen 10, točka 2, str. 287.

50 — Glej točko 5 predložitvene odločbe.

določbe prava nepoštenih poslovnih praks, bi bil vsakršen odklon od zahtev prava Unije treba šteti za kršitev prava Unije. Zaradi primarnosti prava Unije upravni organi, kot predložitveno sodišče pravilno razlaga s sklicevanjem na upoštevno sodno prakso Sodišča,[51] v takem primeru proti državljanu ne bi smeli uporabiti neskladnih nacionalnih določb.

b) Analiza strukture obeh predpisov

72. Za ugotovitev, ali Direktiva 2005/29 nasprotuje določbam o napovedi razprodaj iz člena 33a in naslednjih UWG, je treba preučiti in nato primerjati vsebinsko zgradbo bistvenih določb obeh predpisov.

i) Vsebinska zgradba Direktive 2005/29

73. Osrednji del Direktive 2005/29 je generalna klavzula v odstavku 1 člena 5, ki prepoveduje nepoštene poslovne prakse. Kaj pomeni „nepoštenost“, natančneje določa odstavek 2 člena 5. V skladu z njim je poslovna praksa nepoštena, če je po eni strani v nasprotju z zahtevami „poklicne skrbnosti“ in bi po drugi strani lahko „bistveno izkrivljala“ ekonomsko obnašanje potrošnika. V skladu z odstavkom 4 so nepoštene poslovne prakse predvsem tiste, ki so zavajajoče (člena 6 in 7) ali agresivne (člena 8 in 9). Odstavek 5 napotuje na Prilogo I in v njej naštete poslovne prakse, „ki se v vseh okoliščinah štejejo za nepoštene“. V vseh državah članicah se uporablja enak enotni seznam, ki se lahko spremeni samo s spremembo te direktive.

74. Za nacionalna sodišča in upravne organe to pomeni, da morajo pri uporabi prava najprej upoštevati seznam 31 primerov nepoštenih poslovnih praks iz Priloge I. Če poslovna praksa ustreza kateremu od naštetih primerov, jo je treba prepovedati, nadaljnja presoja, na primer njenih učinkov, pa ni potrebna. Če konkretno dejansko stanje ni zajeto s tem seznamom prepovedi, je treba preučiti, ali gre za katerega od primerov, urejenih z generalno klavzulo, torej za zavajajoče ali agresivne poslovne prakse. Le če ne gre za tak primer, se neposredno uporabi generalna klavzula iz člena 5(1) Direktive 2005/29.

ii) Materialne določbe UWG o napovedi razprodaj

75. V skladu s členom 33b UWG je napoved razprodaje dopustna samo na podlagi dovoljenja okrajnega upravnega organa, pristojnega glede na kraj razprodaje. Člen 33a(1) UWG določa, kaj pomeni „napoved razprodaje“. Poleg tega je v tej določbi navedena vrsta ključnih besed, ki se praviloma uporabijo pri tovrstnih objavah. Kot je mogoče razbrati iz pojasnil avstrijske vlade[52] in Schutzverband[53], pa dolžnost pridobitve dovoljenja ne velja za vse napovedi. Iz nje so izvzeti v členu 33a(3) UWG navedeni objave in sporočila o sezonskih razprodajah, sezonskih odprodajah blaga, inventurnih razprodajah in podobnem ter o običajnih posebnih razprodajah, ki so na splošno značilne za to panogo in letni čas.

76. V skladu s členom 33b, točka 4, morajo biti v prošnji za izdajo zadevnega dovoljenja navedeni razlogi za razprodajo, na primer smrt podjetnika, prenehanje opravljanja dejavnosti ali opustitev kake vrste blaga, preselitev dejavnosti, elementarne nesreče in podobno.

51 — Glej točko 6 predložitvene odločbe.

52 — Glej točko 2 vloge avstrijske vlade.

53 — Glej točki 4 in 5 vloge Schutzverband.

77. V skladu s členom 33c(3) se dovoljenje ne izda, če niso podani zgoraj navedeni razlogi ali če se prodaja ne napoveduje za neprekinjeno obdobje. Dovoljenje se prav tako ne izda, če se prodaja izvaja v obdobju od začetka predzadnjega tedna pred veliko nočjo do binkošti, od 15. novembra do božiča ali naj bi trajala dlje kot pol leta, razen če gre za smrt trgovca, elementarno nesrečo ali druge prav tako upoštevne primere. Če se dejavnost še ne opravlja polna tri leta, se dovoljenje izda samo ob smrti trgovca, elementarni nesreči ali v drugih prav tako upoštevnih primerih.

c) Združljivost materialnih določb z Direktivo 2005/29

i) Prepoved splošnih prepovedi

78. Če se primerja vsebinska zgradba teh dveh predpisov, se najprej opazi, da UWG določa vrsto prepovedi, ki nimajo ustreznic v Direktivi 2005/29.

79. To je mogoče prepoznati, šele ko se zadevne nacionalne določbe obravnavajo v povezavi druge z drugo. Pri tem je treba zakonsko določbo člena 33b UWG, ki določa dolžnost pridobitve dovoljenja za napoved razprodaj, razlagati v povezavi s členom 33c(3) UWG. Prepoved se izrazi v zakonskem navodilu člena 33c(3) UWG upravnim organom, da ne izdajo dovoljenja, če ima prodaja značilnosti, ki so podrobneje opisane v tej določbi. V skladu z njo se dovoljenje ne izda, če se prodaja ne napoveduje za neprekinjeno obdobje, če se prodaja izvaja v določenem obdobju leta (ob cerkvenih praznikih velike noči, binkošti in božiča) ali če trgovec ne izpolnjuje najkrajšega časa delovanja treh let.[54] Merila iz te zakonske določbe niso navedena na seznamu nepoštenih poslovnih praks v Prilogi I k Direktivi 2005/29 niti se ne navezujejo na konkretno zavajajočo, agresivno ali drugače nepošteno naravo teh poslovnih praks, kot je mogoče razbrati iz pojasnil predložitvenega sodišča.[55]

80. Če na to določbo gledamo življenjsko, jo je treba razumeti kot splošno prepoved določenih poslovnih praks, zlasti ker lahko trgovec računa, da bo pridobil dovoljenje le ob obstoju posebnih okoliščin. Te okoliščine so po eni strani predpisano zelo ozko („smrt trgovca“), po drugi strani pa splošno („elementarne nesreče“; „drugi prav tako upoštevni primeri“), tako da bi lahko bilo za državljana komaj razvidno, v kateri primerih je izjemoma mogoče izdati dovoljenje. Pri tem so v skladu z ustaljeno sodno prakso države članice, kot je pojasnilo Sodišče, zato da zagotovijo dosledno izvajanje prava Unije, niso dolžne le uskladiti svojega prava s pravom Unije, ampak tudi ustvariti tako določen, jasen in pregleden položaj, da se lahko posameznik popolnoma seznani s svojimi pravicami in se pred nacionalnimi sodišči sklicuje nanje.[56] V zvezi s tem naj dalje omenim, da je bilo povečanje pravne varnosti za potrošnike in podjetja eden od ciljev, ki se jim je sledilo s sprejetjem Direktive 2005/29, kot je razvidno iz uvodne izjave 12. Ti naj bi se lahko zanesli na enotni ureditveni okvir, temelječ na jasno opredeljenih pravnih pojmih, ki bodo urejali vse vidike nepoštenih poslovnih praks po celotni Evropski uniji. Z njim naj bi bile odpravljene ovire v trgovini, ki izvirajo iz razdrobljenosti določb držav članic o nepoštenih poslovnih praksah. Vendar kot pravilno pojasnjuje Komisija[57], ti cilji s sporno določbo niso dovolj upoštevani.

54 — Glej Seidelberg, H., „Überblick über das aktuelle Ausverkaufsrecht“, *Recht und Wettbewerb*, št. 162, 2003, str. 2, ki v zvezi s to določbo, ki je ob prenosu Direktive 2005/29 že obstajala, govori o „zakonskih prekluzivnih rokih“ za napovedi razprodaj. Ta opis očitno temelji na predstavi, da zadevna določba pomeni temeljno prepoved.

55 — Glej točko 5 predložitvene odločbe.

56 — Glej v tem smislu v zvezi z direktivami sodbi z dne 28. februarja 1991 v zadevi Komisija proti Italiji (C-360/87, Recueil, str. I-791, točka 12) in z dne 15. junija 1995 v zadevi Komisija proti Luksemburgu (C-220/94, Recueil, str. I-1589, točka 10). Glej dalje sodbi z dne 18. januarja 2001 v zadevi Komisija proti Italiji (C-162/99, Recueil, str. I-541, točke od 22 do 25) in z dne 6. marca 2003 v zadevi Komisija proti Luksemburgu (C-478/01, Recueil, str. I-2351, točka 20).

57 — Glej točko 45 vloge Komisije.

81. Neobstoj pravne varnosti gre v škodo potrošnikov, zlasti pa trgovcev. Če namreč upravni organ ne izda dovoljenja, za katero je bil zaprošen, po tem načelu pravila in izjeme trgovec ne more napovedati razprodaje, ne da bi pri tem kršil zakon in tvegal denarno kazen. Z njegovega vidika pomeni ta ureditev zato splošno prepoved načina napovedi razprodaj iz člena 33a(1) UWG.

82. Iz navedenih ugotovitev izhaja, da ureditev v členu 33c(3) UWG obsega dejanska stanja, ki presegajo to, kar je v Prilogi I k Direktivi 2005/29 opredeljeno kot poslovne prakse, ki se v vseh okoliščinah štejejo za nepoštene. Če se upošteva zgolj zakonska sistematika UWG, je to mogoče na primer prepoznati v tem, da je avstrijski zakonodajalec v UWG sicer dobesedno vključil seznam iz Priloge I, hkrati pa je ohranil starejšo ureditev člena 33c(3) UWG. Tako zdaj vzporedno obstajata ureditvi, ki nista zakonodajnotehnično usklajeni. Ker to tako pomeni, da se enostransko razširja taksativen seznam položajev iz Priloge I k Direktivi 2005/29, je treba za nacionalno določbo šteti, da je v nasprotju z zahtevami Direktive.

ii) Zahteva, da za napoved razprodaje obstajajo razlogi

83. Dalje je treba ugotoviti, da je v skladu z UWG izdaja dovoljenja odvisna od tega, ali so izpolnjeni nekateri pogoji. Bistven formalni pogoj za odločitev upravnih organov o prošnji je v skladu s členom 33b, točka 4, UWG navedba „razlogov“ za razprodajo. V tej določbi je naštetih nekaj razlogov, iz katerih je upravičena izdaja dovoljenja. Iz njenega besedila („in podobno“) je mogoče sklepati, da primeri v njej niso našteti taksativno, tako da imajo upravni organi očitno prosto presojo glede drugih razlogov, ki pridejo v poštev. [58]

84. Dolžnost navedbe razlogov kot formalna zahteva sama po sebi ne vzbuja pomislekov glede združljivosti z Direktivo 2005/29, zlasti ker je namenjena samo temu, da so upravni organi vnaprej obveščeni o nameravani napovedi razprodaje. V tem smislu pomeni postopkovno nujnost, da se upravni organi vnaprej seznanijo z začetnim položajem in da se jim omogoči izdaja odločbe v zadevi. Drugače povedano, namenjena je temu, da je predhodno preverjanje zadevne poslovne prakse, ki ga opravijo upravni organi, sploh mogoče.

85. V materialnopravnem smislu so za ponazoritev navedeni zakonski „razlogi“ vendarle pomembni, saj so merila, na podlagi katerih lahko upravni organi sklepajo o morebitni nepoštenosti napovedi. Če v konkretnem primeru obstajajo, je treba dovoljenje izdati. Sicer ta merila nimajo natančne ustreznice v poslovnih praksah iz Priloge I k Direktivi 2005/29, vendar ni mogoče izključiti, da bi jih bilo mogoče vključiti v merila iz točk 7 in 15 te priloge, kar je treba raziskati v konkretnem primeru.

– Napoved prenehanja in preselitve dejavnosti

86. V skladu s točko 15 Priloge I k Direktivi 2005/29 je „trditi, da bo trgovec v kratkem prenehal z dejavnostjo ali preselil poslovne prostore, čeprav tega ne namerava storiti“, poslovna praksa, ki vsekakor velja za nepošteno. S členom 33b, točka 4, UWG je to pravilo preneseno v nacionalno pravo, tako da lahko prosilec načrtovano napoved razprodaje med drugim utemeljuje tudi s tem, da namerava prenehati opravljati dejavnost ali jo preseliti. Upravnemu organu naj bi bilo pri preverjanju prošnje dano pooblastilo, da preveri resničnost te navedbe in odvisno od okoliščin primera ne izda dovoljenja, če navedba ne ustreza dejstvom. Obstoj materialnega pooblastila za predhodno preverjanje upravnih

58 — Glej Duursma, *op. cit.* (opomba 25), člen 33b, točka 3, str. 1191, ki opozarja, da poleg izrecno naštetih razlogov za izdajo dovoljenja pridejo kot razlogi v poštev samo take okoliščine, ki so primerljive s primeri, naštetimi v členu 33b, točka 4, UWG, ki torej za prosilca ustvarjajo poseben položaj v razmerju do konkurenčnega položaja njegovih konkurentov. Nasprotno pa z okoliščinami, ki enako prizadenejo vse prosilčeve zaposlene, tudi če gre za dogodke, ki jih zaznamuje „višja sila“, ni mogoče upravičiti izdaje dovoljenja za napoved razprodaje za posameznega prosilca.

organov se zdi toliko nujnejši, ker je avstrijski zakonodajalec skoraj dobesedno prevzel te primere v točko 15 priloge k UWG. V takih okoliščinah se zdi, da je zagotovljen pravilen prenos zahtev direktive. V tem smislu torej ni nikakršnih pomislekov glede združljivosti te ureditve z Direktivo 2005/29.

– Drugi razlogi, navedeni v členu 33b, točka 4, UWG

87. V zvezi z drugimi razlogi v členu 33b, točka 4, UWG („smrt podjetnika“; „opustitev kake vrste blaga“; „elementarne nesreče in podobno“) je treba ugotoviti, da gre pri tem v zakonodajnotehničnem smislu za izjeme, pri obstoju katerih je napoved razprodaje izjemoma dovoljena. Pri nacionalni ureditvi, kot je ta v obravnavanem primeru, torej ne gre le za postopkovno oblikovanje pridržka za presojo upravnih organov v okviru predhodnega preverjanja, ampak za pravo materialnopravno splošno prepoved, od katere je mogoče odstopiti samo v točno določenih primerih. Vendar je zakonska konstrukcija, pri kateri je določena poslovna praksa načeloma prepovedana in dovoljena le v izjemnih primerih – kot sem izčrpno pojasnila že v sklepnih predlogih v združenih zadevah VTB-VAB (C-261/07) in Galatea (C-299/07)[59] ter v zadevi Mediaprint (C-540/08)[60] – v nasprotju z vsebinsko zgradbo in liberalno usmeritvijo Direktive 2005/29. To je Sodišče tudi potrdilo v izdanih sodbah.[61]

88. Drugače od nacionalne ureditve, kot je ta v obravnavanem primeru, namreč Direktiva 2005/29 izhaja iz tega, da so poslovne prakse poštene, dokler niso izpolnjeni podrobneje določeni pravni pogoji prepovedi. Ta bistvena razlika v vsebinski zgradbi[62] pa ni presežena s tem, da člen 33b, točka 4, UWG določa vrsto tipičnih izjem, ki jih je s prakso upravnih organov mogoče celo razširiti, zlasti ker izjeme niso namenjene za načelne prepovedi, kakršne so te v obravnavanem primeru, zato da bi pokrile vse položaje, v katerih je v skladu z določbami Direktive 2005/29 treba šteti poslovno prakso za dopustno, saj ne omogočajo, da pristojna nacionalna sodišča in upravni organi presodijo posamezen primer.

89. Ta liberalna zasnova, izražena v Direktivi 2005/29, ima konkretno regulativno ozadje, ki je zagotoviti uresničitev cilja zakonodajalca Unije, navedenega v uvodnih izjavah 4 in 5 ter v členu 1 te direktive, namreč z določitvijo enotnih pravil na ravni Skupnosti odpraviti ovire za čezmejni prosti pretok storitev in blaga ali za pravico do ustanavljanja, saj so te ovire posledica številnih nacionalnih pravil o nepoštenih poslovnih praksah, zato jih je treba odpraviti, kot je to potrebno za pravilno delovanje notranjega trga in zagotavljanje visoke ravni varstva potrošnikov.

90. Glede na vse navedeno je treba ugotoviti, da ureditev iz člena 33b, točka 4, UWG presega zahteve Direktive 2005/29, saj določa merila, ki lahko zajemajo med drugim napovedi razprodaj, ki jih morda ni treba šteti za nepoštene poslovne prakse.

d) Vmesni predlog

91. Nacionalna ureditev, kot je ta iz obravnavane zadeve, ki določa načelno prepoved napovedi razprodaj in jo pogojuje samo z izpolnjevanjem določenih izjem, ne da bi omogočala, da se dovolj upoštevajo vse okoliščine vsakega posameznega konkretnega primera, je po svoji naravi bolj omejujoča in strožja od določb Direktive 2005/29.

59 — Glej moje sklepne predloge, predstavljene 21. oktobra 2008 (sodba navedena v opombi 7, točke od 84 do 89).

60 — Glej moje sklepne predloge, predstavljene 24. marca 2010 (sodba navedena v opombi 10, točka 76).

61 — Sodbi VTB-VAB (navedena v opombi 7, točki 64 in 65) in Mediaprint (navedena v opombi 10, točki 39 in 40).

62 — Glej Wiebe, A., „Umsetzung der Geschäftspraktikenrichtlinie und Perspektiven für eine UWG-Reform“, *Juristische Blätter*, 2/2007, str. 79, ki je prišel do sklepa, da ima Direktiva 2005/29 drugačno sistematično zgradbo kot takrat veljavni UWG. Po njegovem mnenju avstrijski zakonodajalec pri prenosu te drugačne strukture ni mogel prezreti. Treba bi si bilo postaviti nalogo prenosa in se lotiti številnih problemov, ki se zakonodajalcu postavljajo v zvezi z omejenim področjem uporabe, vsebino in zgradbo navedene direktive. Po avtorjevem mnenju se to ne uredi z nekaj dodatki, ampak je potrebno večja strukturna reforma. Zakonodajalec bi lahko prizadevanje za liberalizacijo na evropski ravni, ki ga je prevzelo tudi že Oberster Gerichtshof, uporabil za obsežno reformo, katere rezultat ne bi zadostil le pogojem pravne jasnosti in preglednosti, ampak bi tudi imel trajen učinek.

92. V tem smislu velja, da se ureditev v členu 33a in naslednjih UWG nanaša na področje, za katero velja popolna uskladitev, in da se zanjo ne uporabljajo prehodne določbe člena 3(5) Direktive 2005/29.

93. Prav tako se ne uporabijo izjeme, ki jih izrecno določa Direktiva 2005/29. Tako na primer ne avstrijska vlada ne Schutzverband nista prepričljivo prikazali, da bi bilo treba sporno nacionalno ureditev uvrstiti na eno od področij, ki so navedena v uvodni izjavi 9 te direktive („pogoji ustanavljanja in sistemi izdajanja dovoljenj“). Tej uvodni izjavi v pravnometodološkem smislu nikakor ni mogoče pripisati pravnega pomena, ki bi odstopal od določbe člena 3(8), zlasti ker ta v normativnem delu direktive povzema bistvena sporočila te uvodne izjave in pri tem omogoča, da se jasneje prepozna dejanski zakonodajni namen avtorja Direktive 2005/29. Bilo je že ugotovljeno, da se ta določba o izjemi ne uporablja v sporu v glavni stvari.[63] V nasprotju s tem, kar je na obravnavi navedla avstrijska vlada, se država članica ne more na splošno sklicevati na prepoved iz točke 4 Priloge I k tej direktivi, zato da bi poslovne prakse generalno zajela s pridržkom dovoljenja upravnega organa, kot je ta v sporu v glavni stvari. Nasprotno morajo nacionalne določbe zmeraj zadostiti zahtevam Direktive 2005/29. Ne glede na to je treba opozoriti, da so z navedeno prepovedjo zajeta druga dejanska stanja kot tista, ki jih je sprejela avstrijska vlada, namreč postopki, s katerimi javni ali zasebni organ priznava kakovost trgovca (na primer resnost ali usposobljenost za opravljanje poklica) ali njegovih proizvodov (na primer znak kakovosti, potrdilo o neoporečnosti). Glede na namen ureditve je cilj te prepovedi zavarovati potrošnika pred neresničnimi in zato zavajajočimi izjavami trgovca, da so on ali proizvodi, ki jih ponuja, deležni takega priznanja[64]. Avstrijska vlada pri ustnih navedbah ni prikazala, da se s postopkom izdaje dovoljenja na podlagi določb UWG sledi temu cilju.

94. Avstrijska ureditev napovedi razprodaj iz člena 33a in naslednjih UWG v konkretni obliki splošne prepovedi s pridržkom dovoljenja tako ne pomeni končno nič drugega kot razširitev taksativnega seznama prepovedanih poslovnih praks iz Priloge I k Direktivi 2005/29, kar je državam članicam zaradi popolne in maksimalne uskladitve, opravljene s to direktivo, ravno prepovedano. Enostranske razširitve tega seznama s strani držav članic so prepovedane, ker je ta seznam glede na člen 5(5) mogoče spremeniti le s spremembo same direktive.

95. Ob upoštevanju navedenih ugotovitev sklepam, da nacionalna ureditev, kot je ta v obravnavanem primeru, ne ustreza materialnopravnim zahtevam Direktive 2005/29.[65]

4. Povzetek

96. Navedena analiza je pokazala, da Direktiva 2005/29 ne nasprotuje nacionalni določbi, kot je ta v obravnavanem primeru, s katero so na upravne organe prenesene pristojnosti za preverjanje poštenosti poslovnih praks – v konkretnem primeru napovedi razprodaj.[66]

97. Prav tako ta direktiva ne nasprotuje določbi, s katero se od trgovca zahteva pridobitev dovoljenja upravnih organov, preden začne uporabljati določene poslovne prakse, o katerih se domneva, da so nepoštene. Ta postopkovnopravna konstrukcija pa mora biti upravičena s posebnimi okoliščinami. Namenjena mora biti temu, da upravnim organom omogoči predhodno preverjanje v okoliščinah, v katerih je pričakovati kršitve lojalne konkurence, ki bi jih bilo naknadno komaj mogoče preprečiti.[67]

63 — Glej točko 41 teh sklepnih predlogov.

64 — Glej Büllesbach, E., *Auslegung der irreführenden Geschäftspraktiken des Anhangs I der Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken*, München 2008, str. 53 in 54.

65 — Glej Schuhmacher, W., „Das Ende der österreichischen per-se-Verbote von Geschäftspraktiken gegenüber Verbrauchern“, *Wirtschaftsrechtliche Blätter*, 2010, št. 12, str. 615 in 616, ki meni, da določbe člena 33a in naslednjih UWG vsebujejo zelo široko oblikovano prepoved *per se* z njim zajetih napovedi. Ob upoštevanju tega, da člen 33b UWG zahteva tudi verodostojno javno napoved pravih razprodaj brez predhodnega dovoljenja, predpisi presegajo upoštevne določbe priloge k UWG in se zato ne uporabljajo. Avtor zaključuje, da je s tem tudi zahteva po dovoljenju postala v celoti odvečna.

66 — Glej točko 44 teh sklepnih predlogov.

67 — Glej točko 51 teh sklepnih predlogov.

98. Direktiva 2005/29 načeloma ne nasprotuje določbam držav članic, po katerih se kršitve zakonske dolžnosti pridobitve dovoljenja kaznujejo.[68]

99. Prav tako lahko države članice glede na to direktivo načeloma določijo, da morajo pristojni upravni organi in sodišča preveriti le spoštovanje dolžnosti pridobitve dovoljenja, ne da bi morali pri tem nujno sami odločiti o nepoštenosti zadevne poslovne prakse.[69] Vendar to ne sme voditi do tega, da se trgovcu dokončno prepove opravljanje poslovne prakse, ki je sama po sebi poštena. Nasprotno mora biti trgovcu stalno omogočeno, da na podlagi Priloge I k Direktivi 2005/29 in meril iz členov od 5 do 9 te direktive pridobi odločitev organov, pristojnih v zadevi.[70] Predložitveno sodišče, ki razpolaga z neposrednim vedenjem o okoliščinah na kraju samem in je izključno pristojno za razlago nacionalnega prava, mora presoditi, ali nacionalno postopkovno pravo za to predpisuje zadostna jamstva.[71] Za upoštevanje zahtev te direktive bi moralo biti zagotovljeno, da je mogoče poštenost zadevne poslovne prakse presoditi bodisi v samem postopku bodisi naknadno.

100. Vendar Direktiva 2005/29 nasprotuje nacionalnim materialnopravnim določbam, kot so te v obravnavanem primeru, s katerimi je napoved razprodaj na splošno prepovedana in dovoljena le v izjemnih primerih.[72]

VII – Predlog

101. Ob upoštevanju vseh navedenih ugotovitev Sodišču predlagam, naj na vprašanje, ki ga je predložilo Oberster Gerichtshof, odgovori:

Člena 3(1) in 5(5) Direktive Evropskega parlamenta in Sveta 2005/29/ES z dne 11. maja 2005 o nepoštenih poslovnih praksah podjetij v razmerju do potrošnikov na notranjem trgu ter o spremembi Direktive Sveta 84/450/EGS, direktiv Evropskega parlamenta in Sveta 97/7/ES, 98/27/ES in 2002/65/ES ter Uredbe (ES) št. 2006/2004 Evropskega parlamenta in Sveta (Direktiva o nepoštenih poslovnih praksah) načeloma ne nasprotujeta postopkovnopravni ureditvi nacionalnega prava, kakršna je ta v postopku v glavni stvari, v skladu s katero napoved razprodaje brez dovoljenja pristojnega upravnega organa ni dopustna in jo je zato treba v sodnem postopku prepovedati, ne da bi moralo sodišče v tem postopku preveriti, ali je ta poslovna praksa zavajajoča, agresivna ali drugače nepoštena, če je zagotovljeno, da poslovna praksa, ki je sama po sebi poštena, ni dokončno prepovedana. Trgovcu mora biti omogočeno, da se opravi preverjanje poštenosti zadevne poslovne prakse v posameznem primeru v sodnem ali upravnem postopku.

Člena 3(1) in 5(5) Direktive 2005/29 nasprotujeta materialnopravni ureditvi nacionalnega prava, kakršna je ta v postopku v glavni stvari, ki določa načelno prepoved napovedi razprodaj in jo pogojuje samo z izpolnjevanjem določenih izjem, ne da bi omogočala, da se dovolj upoštevajo vse okoliščine vsakega posameznega konkretnega primera.

68 — Glej točko 55 teh sklepnih predlogov.

69 — Glej točki 53 in 61 teh sklepnih predlogov.

70 — Glej točke 53 in 54 ter 63 in 64 teh sklepnih predlogov.

71 — Glej točko 68 teh sklepnih predlogov.

72 — Glej točko 95 teh sklepnih predlogov.