

dr. Damjan Možina

Direktiva o nepoštenih poslovnih praksah – odprta vprašanja

1. UVOD
2. OMEJENO PODROČJE UPORABE DIREKTIVE
3. VSEBINA DIREKTIVE
 - a) Generalna klavzula
 - b) Zavajajoče poslovne prakse
 - c) Agresivne poslovne prakse
4. NAČELO DRŽAVE IZVORA IN KOLIZUSKO PRAVO NEPOŠTENE KONKURENCE
5. IMPLEMENTACIJA DIREKTIVE V SLOVENSKO PRAVO

Povzetek

Avtor v prispevku predstavi Direktivo 2005/29/ES z dne 11. maja 2005 o nepoštenih poslovnih praksah podjetij, ki škodijo ekonomskim interesom potrošnikov. Evropski zakonodajalec želi z okvirno direktivo, ki vsebuje generalno klavzulo o zapovedi poštenega trgovanja, izboljšati kakovost dosedanjih punktualne in fragmentirane zakonodaje na področju nelojalne konkurence, jasno opredeliti pravice potrošnikov in spodbuditi čezmejno trgovanje. Žal je področje veljavnosti direktive na več načinov omejeno, zlasti se ne loteva nepoštenih poslovnih praks med konkurenti na trgu. Avtor predstavi mehanizem uporabe direktive – generalno klavzulo in primere per se nepoštenih poslovnih praks. Prispevek sklene z razmišljanjem o implementaciji direktive v slovensko pravo.

Ključne besede: nepoštena poslovne prakse, varstvo potrošnikov, dobri poslovni običaji, zavajajoče poslovne prakse, agresivne poslovne prakse

Abstract

The author presents the directive 2005/29/ES concerning unfair business-to-consumer commercial practices. The aim of this framework directive is to improve the quality of fragmentary legislation in the field of unfair competition through a general duty of fair trading, clarify consumers' rights and boost cross border trading. Unfortunately the scope of the directive is limited to unfair business-to-consumer commercial practices and doesn't include business-to-business practices. The article presents the mechanism of operation of the directive – general clause and a list of per se unfair practices and concludes with some thoughts on implementation of the directive into the Slovenian law.

Damjan MOŽINA, doktor pravnih znanosti, Pravna fakulteta v Ljubljani.

Key words: *unfair commercial practices, consumer protection, fair trading, misleading commercial practices, aggressive commercial practices*

1. UVOD

Direktiva 2005/29/ES¹ želi harmonizirati zakonodaje držav članic o nepoštenih poslovnih praksah podjetij, ki škodijo ekonomskim interesom potrošnikov. S tem naj bi pripomogla k pravilnejšemu delovanju notranjega trga in zvišala raven varstva potrošnikov. Direktiva ima precej razgibano zakonodajno zgodovino, ki se je začela z Zeleno knjigo o varstvu potrošnikov iz leta 2001.² Predlog direktive iz leta 2003 je v strokovni javnosti sprožil veliko odzivov.³ Večina je sicer pozitivno ocenjevala spremembo paradigme v evropskem pravu nelojalne konkurence, kjer naj bi okvirni predpis s široko generalno klavzulo in »evropsko« prepevedjo nepoštenih-poslovnih praks izboljšal kakovost dosedanje punktualne in fragmentirane zakonodaje. Kritiki pa sta bili deležni predvsem dve značilnosti predloga: zamejitev področja uporabe direktive zgolj na tržne prakse nasproti potrošnikom (B2C) ter načelo države izvora (pravilo, da se mora podjetje pri čezmejnih aktivnostih na notranjem trgu držati le pravil v državi svojega sedeža).⁴ Kritične ocene je prejel tudi predlog uredbe o pospeševanju prodaje (*Sales-promotion-regulation*),⁵ ki je bil kot del istega zakonodajnega paketa prav tako v postopku sprejemanja, vendar je bil pozneje umaknjen.⁶ O predlogu direktive je bilo 18. maja 2004 v Svetu za konkurenčnost doseženo politično soglasje, 5. novembra 2004 pa je bilo oblikovano skupno stališče, h kateremu je parlament sprejel nekaj dopolnil. Svet za konkurenčnost je 7. marca 2005 ta dopolnila podprl, direktiva pa je bila v uradnem listu objavljena 15. maja 2005. Direktivo spremlja Uredba (ES) št. 2006/2004 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 27. oktobra 2004 o sodelovanju med nacionalnimi organi, odgovornimi za izvrševanje zakonodaje o varstvu potrošnikov (Uredba o sodelovanju na področju varstva potrošnikov).⁷ V prispevku želimo na

¹ 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, UL L 149.

² Green paper on european union consumer protection – COM (2001) 531 final z dne 2. 10. 2001.
³ Glej na primer Collins (ur.). *The Forthcoming EC Directive on Unfair Commercial Practices*, Kluwer Law International, The Hague etc., 2004; ter literature pri: Možina, Podjetje in delo 6-7/2004, stran 1339.

⁴ Glej: Možina, Podjetje in delo 6-7/2004, stran 1349.

⁵ KOM (2001) 546, spremenjen predlog KOM (2002) 585 fin., z dne 25. 10. 2002; o predlogu glej: Možina, Podjetje in delo 6-7/2004, stran 1350.

⁶ UL C 64/7 z dne 17. 3. 2006.

⁷ UL ES št. L 364, 9. 12. 2004, strani 1–11. Uredba od držav članic zahteva, da imenujejo organe, pristojne za sodelovanje z organi drugih držav članic in s Komisijo pri preprečevanju kršitev določenih direktiv, med njimi tudi direktive o nepoštenih poslovnih praksah. Glej: Uredbo Vlade RS o izvajanju Uredbe Evropskega parlamenta in Sveta (ES) o sodelovanju med

kratko predstaviti direktivo, osvetliti nekatera odprta vprašanja in začeti razpravo o njeni implementaciji v slovensko pravo.

2. OMEJENO PODROČJE UPORABE DIREKTIVE

Evropski zakonodajalec je z direktivo želel nadgraditi dosedanja, v celi vrsti posamičnih direktiv vsebovana pravila oglaševanja in trženja, ki se nanašajo na posamezne tržne prakse (na primer zavajajoče oglaševanje), na določene medije (televizija, internet) ali vrste proizvodov (na primer zdravila, tobak, kozmetika),⁸ z okvirnim in splošnim predpisom o nepoštenih tržnih (poslovnih) praksah, ki naj bi na tem področju dosegel popolno harmonizacijo (prepoved odstopajočih nacionalnih predpisov). Čeprav naj bi bila ravno postavitev enotnega pravnega okvira za vse tržne prakse največja odlika direktive, pa o enotnem evropskem pravnem okviru in popolni harmonizaciji tega pravnega področja pravzaprav ne moremo govoriti.⁹ Doseg direktive je namreč na več načinov omejen.

Direktiva se nanaša le na poslovne prakse, »ki škodijo ekonomskim interesom potrošnikov« (1. člen), in torej neposredno ureja le razmerja med podjetji in potrošniki (»B2C« – business to consumers), ne pa tudi razmerij med podjetji (B2B) in interesov drugih udeležencev trga. S tem ko upošteva le vidik varstva potrošnikov, se odmika od uveljavljene triade varovalnih namenov prava nelojalne konkurence (varstvo konkurentov, potrošnikov in širše javnosti), ki jo poskuša doseči tudi velik del dosedanje evropske zakonodaje s tega področja, zlasti pa najpomembnejši akt – Direktiva 84/450/EGS o zavajajočem oglaševanju. Takšen pristop je bil že v fazi predloga direktive deležen utemeljene kritike, saj ne upošteva neločljive povezanosti med interesi potrošnikov in drugih konkurentov na trgu, kot tudi interesov splošne javnosti, ter vodi v neutemeljeno fragmentacijo področja.¹⁰ Ker sta se med državami članicami le Nemčija in Avstrija zavzemali za razširitev direktive na transakcije B2B, Komisija očitno ni videla razloga, da bi spreminjala svoje izhodiščno stališče.¹¹ Za harmonizacijo področja B2B verjetno ni bilo mogoče doseči političnega soglasja, navsezadnje pa generalni direktor za zdravje in varstvo potrošnikov (SANCO), ki je pripravil direktivo, za takšno harmonizacijo tudi ni imel mandata.

Kot pove 6. točka preambule, direktiva sicer ureja le poslovne prakse podjetij, ki lahko neposredno škodujejo ekonomskim interesom potrošnikov, vendar naj bi ta način

nacionalnimi organi, odgovornimi za izvrševanje zakonodaje o varstvu potrošnikov, Uradni list RS, št. 118/2005 z dne 27. 12. 2005.

⁸ Pregled: Možina, Podjetje in delo 6-7/2004, stran 1340 in naslednje.

⁹ Henning-Bodewig, GRUR Int. 2005, stran 630.

¹⁰ Glej na primer Stellungnahme des Max-Planck-Instituts zum Vorschlag einer Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken, GRUR Int. 2003, 936; ter »Statement from the Consumer Ombudsmen in Sweden, Denmark, Finland and Norway on the proposal for a directive on Unfair Commercial Practices«, objavljeno na: <http://www.fs.dk/uk/acts/misc/state.htm>; Glöckner, WRP 2004, stran 938.

¹¹ Glej: Responses to Follow up Communication to the Green Paper on EU Consumer Protection: http://ec.europa.eu/consumers/cons_intsafe_shop/fair_bus_pract/green_pap_comm/responses_followup/index_en.htm.

posredno varovala tudi ekonomske interese konkurentov. V prvem odstavku 11. člena pa direktiva državam članicam nalaga, da zagotovijo, da imajo »ustrezna in učinkovita sredstva za boj proti nepoštenim poslovnim praksam« na voljo tudi konkurenti, če imajo po nacionalnem pravu za to upravičen interes. Konkurenti podjetja imajo torej v primeru nepoštenih poslovnih praks podjetja proti potrošnikom aktivno legitimacijo za sprožitev sodnega postopka in/ali za prijavo upravnemu organu, ki je pristojen za odločanje o pritožbah ali sprožitev sodnega postopka. V tej točki so torej interesi konkurentov vendarle upoštevani. Pomembna posledica omejitve področja uporabe direktive na poslovne prakse B2C je, da ostajajo v veljavi vsi dosedanj pravni akti na evropski ravni, ki so namenjeni varstvu konkurentov.¹² To pomeni, da tudi države članice zaradi implementacije direktive niso zavezane spreminjati zakonodaje o varstvu konkurentov.

Naslednja omejitev področja veljavnosti direktive je njena subsidiarnost glede na druga pravila Skupnosti, ki urejajo posebne vidike nepoštenih praks – slednja imajo namreč v primeru kolizije po četrtem odstavku 3. člena prednost pred direktivo. Tudi v razmerju do potrošnikov direktiva torej ne ustvarja enotnega pravnega okvira, ampak prestreza le tiste poslovne prakse, ki niso predmet drugih pravil. Takšna pravila na primer obstajajo za poslovne prakse na internetu ali televiziji oziroma za posamezne vrste produktov.

Kljub temu, da direktiva izrecno meri na popolno harmonizacijo ureditve nepoštenih poslovnih praks proti potrošnikom,¹³ je taka trditev glede na odstopanja, ki jih dopušča, bržkone pretirana: po tretjem odstavku 3. člena, 9. točka, preambule lahko države članice ohranijo ali uvedejo prepovedi poslovnih praks zaradi varovanja zdravja in varnosti potrošnikov, na primer v zvezi z alkoholom, tobakom ali farmacevtskimi izdelki. Tudi na področju finančnih storitev in nepremičnin lahko države članice po devetem odstavku 3. člena direktive zaradi varstva ekonomskih interesov potrošnikov postavljajo strožje zahteve kot direktiva, kar se utemeljuje z zapletenostjo teh dveh področij in tveganji, ki jih prinašata za potrošnike.

Razen tega 7. točka preambule pojasnjuje, da se direktiva ne nanaša na »pravne zahteve glede dobrega okusa in spodobnosti« in torej tudi na varstvo interesov splošne javnosti ne želi vplivati. Države članice lahko »v skladu z zakonodajo Skupnosti« na svojem ozemlju prepovedujejo poslovne prakse, ki nasprotujejo dobremu okusu in spodobnosti, tudi če ne vplivajo na potrošnikovo svobodno izbiro.

Tako je direktiva povzročila nadaljnjo fragmentacijo prava nelojalne konkurence, kot tudi varstva pred nepoštenimi poslovnimi praksami. To je tudi v neposrednem nasprotju z enim od ciljev direktive, ki naj bi bil »poenostavitev obstoječih predpisov in po možnosti tudi deregulacija«.¹⁴

¹² Henning-Bodewig, GRUR Int. 2005, stran 630.

¹³ Glej na primer 4. člen direktive, 15. točko preambule.

¹⁴ Sporočilo Komisije z dne 11. 6. 2002, Follow-up Communication to the Green Paper on EU Consumer Protection, COM (2002) 289 final, točka 259: »Simplification and, where possible, deregulation of existing provisions should be prioritised«.

Tudi na področju, za katero direktiva velja, pa v petem odstavku 3. člena državam članicam pušča razmeroma dolgo – šestletno – prehodno obdobje, v katerem lahko obdržijo obstoječe nacionalne predpise, ki so bolj restriktivni od direktive ali s katerimi so implementirane direktive, ki vsebujejo klavzule o minimalni harmonizaciji.

3. VSEBINA DIREKTIVE

a) Generalna klavzula

Direktiva v 5. členu prepoveduje nepošteno poslovne prakse z generalno klavzulo. Poslovna praksa je nepoštena, če (1) nasprotuje zahtevam *poklicne skrbnosti* in (2) v zvezi z izdelkom *bistveno izkrivlja* ali bi lahko bistveno izkrivljala *ekonomsko obnašanje povprečnega potrošnika*. Če je poslovna praksa usmerjena na določeno posebej občutljivo skupino potrošnikov, je merodajen povprečen član te skupine (3. člen III direktive).

»Nepoštenost« poslovne prakse je vezana na še en pravni standard: nasprotovanje »poklicni skrbnosti« (*professional diligence*, *berufliche Sorgfalt*), kar nekateri razumejo kot opiranje na pojem *coretazza professionale* iz italijanskega Codice civile (člen 2598).¹⁵ Ta je definirana v 2. členu lit. h direktive kot »raven strokovnega znanja in skrbi, za katero se razumno pričakuje, da jo trgovec upošteva v razmerju do potrošnikov in ki je sorazmerna s pošteno tržno prakso in/ali splošnim načelom dobre vere na področju dejavnosti trgovca«. Direktiva torej »poklicno skrbnost« alternativno navezuje na pojem »poštene tržne prakse« (angl. *honest market practice*, nem. *anständige Marktepflogenheiten*) in na »splošno načelo dobre vere« (angl. *general principle of good faith*, nem. *allgemeiner Grundsatz von Treu und Glauben*), pri obeh standardih pa seveda ne gre za upoštevanje dejanskih razmer na trgu, ampak za ravnanje v skladu z vrednotnimi normami oziroma etičnimi merili, poslovno moralo. Zgolj razširjenost in sprejetost posamezne prakse med podjetji v določenem sektorju torej ne pomeni, da je ta praksa tudi »poštena«. Generalno klavzulo direktive lahko kljub drugačni formulaciji primerjamo z generalno klavzulo o prepovedi nelojalne konkurence (13. člen ZVK), ki je opredeljena kot ravnanje na trgu, ki je v nasprotju z dobrimi poslovnimi običaji in zaradi katerega nastane ali lahko nastane škoda drugim udeležencem na trgu. Merila dobre vere v prvem predlogu direktive ni bilo, dodal ga je šele Evropski parlament z utemeljitvijo, da naj bi bila »sprememba formulacije potrebna zaradi pravne jasnosti, izogibanja nepotrebnim sporom in ohranjanja pravne varnosti«. V slovenskem pravu temu načelu ustreza načelo vestnosti in poštenja, ki ga poznamo kot splošno načelo obligacijskega prava (5. člen OZ) in ga bolj kot standard ravnanja na trgu razumemo kot standard ravnanja v okviru obstoječega obligacijsko pravnega odnosa.¹⁷ Kot se navaja, se formulacija »poštenih tržnih praks« opira na

¹⁵ Glöckner, WRP 2004, 939, ki opozarja, da je pojem historično obremenjen.

¹⁶ Sprememba št. 21, glej Poročilo Odbora za pravo in notranji trg z dne 18. 3. 2004, A5-0188/2004 (dok.).

¹⁷ O načelu vestnosti in poštenja ter dobrih poslovnih običajih glej: Zabel, Tržno pravo, stran 249 in naslednje; Kranjc, v: Juhart/Plavšak, OZ s komentarjem I, stran 97 in naslednje.

definicijo nepošteno konkurence iz 10. člena bis Pariške konvencije o varstvu industrijske lastnine iz leta 1883,¹⁸ z njo pa deli tudi kritiko, da je odločilni kriterij prej poslovna morala kot pa škodljivost ravnanja za konkurenco na trgu.¹⁹ Kljub bogatemu besednjaku direktiva na vprašanje, kaj je nepoštenost, neposredno ne odgovori, kar se zdi dvomljivo tudi v luči težav z razmejevanjem z »zahtevami dobrega okusa in spo- dobnosti«, na katera se direktiva ne nanaša (7. točka preambule).²⁰ Kritiki očitajo direktivi pojmovno mimikrijo – en blanketni pojem zamenjuje drugega.²¹ Zato se postavlja vprašanje, ali je ob dejstvu, da se pravila držav članic o nepoštenih poslov- nih praksah zelo razlikujejo (3. točka preambule), s takšno generalno klavzulo sploh mogoče doseči ustrezno mero harmonizacije. Sodišča držav članic utegnejo biti pri razlagi generalne klavzule »obremenjena« z razumevanjem in tradicijo prava nelojal- ne konkurence v svoji državi, zato bo sodna praksa Sodišča ES še posebej pomembna.

Vendarle pa direktiva posebej opredeljuje dve najpomembnejši skupini nepoštenih poslovnih praks: zavajajoče in agresivne prakse, v prilogi I pa vsebuje obsežen sez- nam kar 31 primerov poslovnih praks, »ki se v vseh okoliščinah štejejo za nepošteno« in so torej *per se* prepovedane (*black list*). Če je dejansko stanje mogoče subsumirati pod enega od teh primerov, potem se generalna klavzula ne uporabi. Če to ni mogoče, je treba najprej ugotoviti, ali gre za zavajajočo ali za agresivno prakso. Le če niti to ni mogoče, se neposredno uporabi generalna klavzula o nepoštenih praksah.

Drugi element generalne klavzule je zahteva, da poslovna praksa bistveno izkrivlja ali bi lahko izkrivljala ekonomsko obnašanje povprečnega potrošnika. Bistveno izkriv- ljanje ekonomskega obnašanja potrošnika je definirano v 2. členu lit. e kot uporaba poslovne prakse z namenom znatno zmanjšati potrošnikovo sposobnost sprejema ozaveščenih (informirane) odločitev, zato potrošnik sprejme odločitev o poslu, ki je sicer ne bi sprejel. V slovenskem ZKV je drugi element generalne klavzule zahteva po nastanku ali možnosti nastanka škode drugim udeležencem na trgu, podobno kot v francoskem pravu (kjer se je pravo nelojalne konkurence razvilo na podlagi temeljne določbe odškodninskega prava).²² Standard povprečno informiranega, pazljivega in razumnega potrošnika je v svoji praksi razvilo Sodišče ES.²³

Ker direktiva ne posega na področja dobrega okusa in spodobnosti ter vidike zdravja in varnosti izdelkov, se zdi relevantna le transakcijska odločitev potrošnika iz čisto poslovnih razlogov. »Ozaveščen odločitev« (v uradnem prevodu: »odločitev ob poz- navanju vseh pomembnih dejstev«) bi torej pomenila odločitev, ki je z ekonomskega vidika racionalna. Kako lahko takšno racionalnost sploh definiramo?²⁴ Zdi se, da je tu

¹⁸ Uradni list SFRJ – Mednarodne pogodbe, št. 5/1974 z dne 31. 1. 1974: »Usages homâtes en matiére industrielle ou commerciale«, Hrv. »pošteni običaji u industriji i trgovini«.

¹⁹ Glöckner, WRP 2004, stran 940.

²⁰ Hemming-Bodewig, GRUR 2005, stran 631.

²¹ Glöckner, WRP 2004, stran 939.

²² Zabel, Tržno pravo, stran 351.

²³ Glej 18. točko preambule ter odločbe Sodišča ES z dne 2. 2. 1994 v zadevi C-315/92 (Clinique), ECR 1994, I-317, z dne 16. 7. 1998 v zadevi C-210/96 (Gut Springenheide), ECR 1998, I-4657.

²⁴ Hemming-Bodewig, GRUR 2005, stran 631.

mišljen objektivni in ne zanemarljiv vpliv na odločitev potrošnika in s tem na izkrivljanje same konkurence v smislu § 3 nemškega UWG (2004), navsezadnje pa tudi člena 13 II slovenskega ZVK. Kot izhaja iz četrtega odstavka 5. člena direktive, naj na izkrivljanje ekonomskega obnašanja potrošnika ne bi vplivala »običajna in zakonita oglaševalska praksa, za katero so značilna pretiravanja ali trditve, ki naj se ne bi razumele dobesedno«.

V 6. točki preambule je pojasnjeno, da naj direktiva ne bi vplivala na sprejete oglaševalske in tržne prakse, na primer zakonito plasiranje izdelkov (*product placement*), razlikovanje med znamkami izdelkov ali ponujanje spodbud, ki lahko na zakonit način vplivajo na potrošnikovo dojemanje izdelkov in njegovo ravnanje, ne da bi s tem zmanjševale njegovo sposobnost sprejemanja ozaveščenih odločitev. Takšne metode seveda ne smejo biti nepošteno po 5. členu oziroma zavajajoče ali agresivne po členih 6–9 direktive. Ob tem se zastavi tudi vprašanje, ali so z direktivo zajeti tako imenovani premijski posli. Predlog uredbe o spodbujanju prodaje, ki je (v nasprotju z zakonodajo nekaterih držav članic) pod pogojem transparentnosti oziroma potrošnikove možnosti seznanitve z relevantnimi informacijami dovoljeval različne oblike popustov, reklamnih daril, nagrad in nagradnih iger, je bil umaknjen iz zakonodajnega postopka.²⁵ Z vidika direktive takšne prakse niso prepovedane, če jih ni mogoče uvrstiti med zavajajoče ali agresivne oziroma nepošteno prakse.

b) Zavajajoče poslovne prakse

Direktiva deli zavajajoče poslovne prakse na zavajajoča dejanja in zavajajoče opustitve. Poslovna praksa pomeni zavajajoče ravnanje, če (1) vsebuje napačne (neresnične) informacije ali če kljub temu, da informacije niso napačne, na kakršenkoli način, vključno s celotno predstavitvijo, zavaja ali bi lahko zavajala povprečnega potrošnika glede ene ali več točk, ki so našteje v nadaljevanju, ter (2) povzroči ali bi lahko povzročila, da potrošnik sprejme odločitev o poslu, ki je drugače ne bi sprejel. Na tem mestu opozarjam na neposreden slovenski prevod: iz besedila prvega odstavka 6. člena namreč izhaja, da se na enega od naštetih elementov nanaša točnost informacije, ne pa zavajanje potrošnika.²⁶ V nadaljevanju so v sedmih točkah in v nasprotju z Direktivo 84/450/EGS taksativno našteje okoliščine, na katere se mora nanašati zavajanje.²⁷ V drugem odstavku pa sta posebej opredeljeni še dve obliki zavajanja, ki morata v konkretnem primeru prav tako izpolnjevati merilo povzročitve ali zmožnosti povzročitve odločitve, ki je potrošnik sicer ne bi sprejel: (1) trženje izdelka, vključno s primerjalnim oglaševanjem, ki povzroča zmedo glede izdelka, znamke ali drugega tržnega znaka razlikovanja konkurenta (zmeda o gospodarskem poreklu izdelka);

²⁵ O predlogu glej: Možina, *Podjetje in delo* 6-7/2004, stran 1350.

²⁶ Prvi odstavek 6. člena direktive: »Poslovna praksa se šteje za zavajajočo, če vsebuje napačne informacije in je torej neresnična, ali če na kakršenkoli način, vključno s celotno predstavitvijo, zavaja ali bi utegnila zavajati povprečnega potrošnika, četudi je informacija točna glede enega ali več sledečih elementov, ter v vsakem primeru povzroči ali bi utegnila povzročiti, da povprečni potrošnik sprejme odločitev o poslu, ki je drugače ne bi sprejel.«

²⁷ Gre za obstoj, naravo, bistvene značilnosti in lastnosti izdelka, obveznosti in motive trgovca, ceno, obstoj potrebe po storitvi ali nadomestnem delu, potrošnikovih pravic in.

(2) neupoštevanje trdnih zavez trgovca, ki jih je sprejel v kodeksu ravnanja, in v poslovni praksi navedel, da spoštuje kodeks ravnanja. V zvezi s točnostjo navedb je v 12. členu direktive predvideno obrnjeno dokazno breme: glede na okoliščine primera in ob upoštevanju upravičenih interesov trgovcev mora točnost navedb o poslovni praksi dokazati trgovec, sicer se navedbe štejejo za netočne.

Poslovna praksa pomeni zavajajočo opustitev, če v konkretnem primeru in ob upoštevanju vseh okoliščin ter omejitev sredstva komunikacije²⁸ izpusti bistvene informacije, ki jih povprečni potrošnik potrebuje za sprejem informirane odločitve in s tem povzroči ali bi lahko povzročila, da povprečni potrošnik sprejme odločitev o poslu, ki je sicer ne bi sprejel. Sem sodijo tudi primeri, ko trgovec informacije prikriva ali pa jih navede na nejasen, nerazumljiv, dvoumen način ali ob nepravem času, ali če ne opredeli komercialnega namena poslovne prakse in to vpliva na odločitev potrošnika. Ni dovolj, da so informacije podane, ampak morajo biti predstavljene jasno, razumljivo nedvoumno in ob pravem času, razviden pa mora biti njihov komercialni namen. Direktiva torej dopolnjuje obveznosti seznanjanja, ki so doslej veljale le na področjih posameznih direktiv, s splošno obveznostjo seznanjanja (informiranja) potrošnika v vseh relevantnih okoliščinah. V jedru predstav o poštenih tržnih praksah, na katerih temelji direktiva,²⁹ je zagotavljanje informacij potrošniku, ki jih ta potrebuje za racionalno odločitev.³⁰ Varovani potrošnik je torej ustrezno informirani potrošnik. To velja zlasti tudi v povezavi z merilom povprečno informiranega, pazljivega in razumnega potrošnika, ki ga uporablja direktiva. Potrošnik ne sme biti prikrajšan za možnost, da sprejme s svojega vidika ekonomsko racionalno odločitev. Koncept varstva preinformacijskih obveznosti, ki ga v različnih oblikah vsebuje cela vrsta potrošniških direktiv, postaja osrednji element prava varstva potrošnikov v ES, ki je tudi v skladu s sodno prakso Sodišča ES (*labelling doctrine*).³¹ Na ključno vprašanje, katere so tiste bistvene informacije, potrebne za ekonomsko racionalno odločitev o poslu, direktiv v četrtem odstavku 7. člena odgovarja, da so predvsem »razvidne že iz konteksta« sicer pa jih za primer »vabila k nakupu«³² našteva v petih točkah: glavne značilnosti izdelka, naslov in identiteta trgovca oziroma zastopnika, končna cena z vsemi stroški plačilni pogoji, pogoji dostave, obstoj morebitne pravice do odstopa (preklica). Z bistvene pa veljajo tudi informacije, ki jih določa pravo Skupnosti o tržnih komunikacijah in so primeroma našteje v Prilogi II. Glede na določbo četrtega odstavka 3. člena imajo te določbe prednost pred direktivo. Tu velja omeniti, da posamezne specialnejše

²⁸ Člen 7 odstavek 3 direktive določa, da se v primeru, ko je sredstvo tržne komunikacije podrejeno časovnim ali prostorskim omejitvam, upošteva, če so te informacije potrošnikom na voljo na drugem sredstvu (na primer na internetu).

²⁹ Schulte-Nölke/Busch, *ZEuP* 2004, stran 105.

³⁰ Glöckner, v: *Harte-Bawendamm/Henning-Bodewig, UWG Kommentar* (2004), *Einl. B*, r. 3.

³¹ *Le-to* je opredeljeno v 2. členu lit. i kot »vsaka tržna komunikacija, ki navaja značilnosti izdelka in ceno na način, ki usreva uporabljeni tržni komunikaciji, in tako omogoča značilnih nakup« in naj ne bi pomenilo invitativ do offerendum v smislu obligacijskega prava, temveč razmejitvi tistih oblik tržne komunikacije, kjer mora trgovec izpolniti informacijske dolžnosti od tistih, kjer to ni potrebno (na primer zgolj reklamiranje ugleda določene blagovne znamke ali podjetja), 14. točka preambule.

direktive poskušajo doseči minimalno harmonizacijo, kar dovoljuje državam članicam bolj restriktivno ureditev (višjo raven varstva potrošnikov), zato 15. točka preambule pojasnjuje, da za bistvene veljajo le tiste informacije, ki jih zahtevajo direktive.

Ureditev zavajajočih praks je dopolnjena s seznamom praks v Prilogi I. Velik del (23) od 31 *per se* (v vseh okoliščinah) nepoštenih praks so zavajajoče prakse. Tako imenovani »black list« se je v zakonodajnem postopku podaljševal (z 19 na 31).³² Morda velja omeniti *bait advertising* (5. točka: trgovec vabi k nakupu izdelkov po določeni ceni, ne pove pa, da obstajajo utemeljeni razlogi, zaradi katerih dobave po tej ceni ne bo mogoč zagotoviti), *bait-and-switch advertising* (6. točka: trgovec vabi k nakupu izdelkov po določeni ceni, nakar noče pokazati oglaševanega izdelka ali sprejeti naročila zanj oziroma pokaže izdelek z napako, da bi tako promoviral drug izdelek), *advertorial* (11. točka: plačano oglaševanje, ki je skrito v uredniško vsebino v medijih), piramidne promocijske sheme (13. točka), lažne navedbe, da bo trgovec v kratkem opustil svojo dejavnost (14. točka), lažne navedbe, da ima izdelek zdravilne učinke (17. točka), cela vrsta prepovedanih ukrepov spodbujanja prodaje (točke 16, 19, 20, 31). Seznam teh praks, ki naj se po petem odstavku 5. člena uporablja enotno v vseh državah članicah, pomeni kognitivno pravo, spremeniti pa ga je mogoče le ob reviziji (in ne »pregledu« – uradni prevod) direktive, kar je namenjeno pravni varnosti. Pričakovati je, da bo uporaba tega seznama in subsumpcija primerov med »absolutno nepošteno« prakse osrednje vprašanje pri uporabi direktive.

c) Agresivne poslovne prakse

Poslovna praksa je agresivna in zato nepoštena, če z nadlegovanjem, prisilo, vključno z uporabo sile, ali nedopustnim vplivanjem bistveno zmanjša ali bi lahko bistveno zmanjšala svobodo izbire ali ravnanja povprečnega potrošnika v zvezi z izdelkom in tako povzroči ali bi lahko povzročila, da sprejme odločitev o poslu, ki je sicer ne bi sprejel. Definirano je le nedopustno vplivanje (*undue influence*), in sicer kot izkoriščanje premoči z namenom izvajanja pritiska, tudi brez uporabe sile ali grožnje, na način, ki bistveno omejuje potrošnikovo sposobnost ozaveščene odločitve. To ureditev dopolnjuje seznam 8 *per se* agresivnih praks v Prilogi I.

4. NAČELO DRŽAVE IZVORA IN KOLIZIJSKO PRAVO NEPOŠTENI KONKURENCE

Predlog direktive je v 4. členu z naslovom »Notranji trg« določal tudi načelo države izvora oziroma načelo vzajemnega priznavanja,³³ ki ga (v različnih oblikah) vsebuje tudi direktiva »televizija brez meja«³⁴ in direktiva o elektronskem poslovanju.

³² V prvem odstavku 4. člena predloga je bilo določeno, da se morajo trgovci držati nacionalnih predpisov, s katerimi je implementirana direktiva, le v državi svojega sedeža. Ta država mora skrbeti za spoštovanje teh pravil.

³³ Direktiva 89/552/EGS z dne 3. 10. 1989 o koordinaciji določenih pravnih in upravnih predpisov držav članic glede izvajanja televizijske dejavnosti, Uradni list ES št. L 298 z dne 17. 10.

nju.³⁴ O razumevanju tega načela kot kolizijskopравnega oziroma materialnopravnega pravila, predvsem pa v luči razvoja sodne prakse Sodišča ES o svoboščinah notranjega trga (o prostem pretoku blaga in omejitvah, ki imajo enak učinek kot količinske omejitve – 28. člen PES), je bilo veliko napisanega.³⁵ Formulacija prvega odstavka 4 člena predloga direktive je bila deležna ostrih kritik.³⁶ V končnem besedilu je bil zatrt prvi odstavek črtna, ne nazadnje tudi zato, da bi se direktiva izognila kolizijam z nastajajočo Uredbo o uporabi prava za nepogodbena obligacijska razmerja (glej spodaj). Ostal je še (prejšnji drugi) odstavek, ki določa, da države članice iz razlogov, k sodijo na področje, ki ga usklajuje direktiva, ne smejo omejevati svobode opravljanja storitev in prostega pretoka blaga. Mnenja o pomenu 4. člena direktive se razlikujejo, kaže pa se strinjati s tistimi, ki menijo, da gre pri tej obliki načela države izvora le za prevzem pravil o prostem pretoku v sekundarno pravo.³⁷ Določba nima kolizijskopравnega pomena, gre le za kontrolo merodajnega prava (določenega s kolizijskimi pravili foruma) v luči temeljnih svoboščin, pri čemer omejevanje svoboščin ni več mogoče.³⁸

Na področju evropskega poenotenja kolizijskega prava pa velja omeniti predlog ž omenjene Uredbe o uporabi prava za nepogodbena obligacijska razmerja (Rim II).³⁹ Le-ta za pravo nelojalne konkurence prinaša samostojno kolizijsko normo, ki povezuje ma uveljavljeno pravilo navezovanja na pravo trga interesne kolizije kot posebne oblike deliktnepravnega navezovanja (*lex loci delicti commissi*). Po prvem odstavku 5. člena predloga naj bi se za dejanje nelojalne konkurence oziroma nepošteno poslovanje prakse uporabilo pravo države, kjer je škoda povzročena oziroma grozi. To pa ji država, na ozemlju katere so razmerja med konkurenti ali skupni interesi potrošnikov neposredno in bistveno kršeni. Če pa nepoštena poslovna praksa vpliva izključno na interese določenega konkurenta, se uporabi pravo države, v kateri imata odgovorna in oškodovana oseba ponavadi prebivališče, oziroma pravo države, ki je z razmerjem najtesneje povezana.⁴⁰

1989, spremenjena z Direktivo 97/36/ES z dne 30. 6. 1997, Uradni list ES št. L 202 z dne 30. 7. 1997.

³⁴ Direktiva 2000/31/ES z dne 8. 6. 2000 o določenih pravnih vidikih storitev informacijske družbe, posebej elektronskega poslovanja, na Skupnem trgu, Uradni list ES št. L 178 z dne 17. 7. 2000.

³⁵ Glej na primer pregled pri: Glöckner, v: *Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWK Kommentar* (2004), *Einl. C. r. št. 4 in naslednje*, stran 129 in naslednje; Drexel, v: *MünchKommB zum BGB* (2006), *Zv. 11 (člen 50-245 EGBGB)*, stran 767 in naslednje. O sodni praksi sodišča ES v zvezi s prostim pretokom blaga glej tudi: Grilc/Ilešič, *Pravo Evropske unije*, II., (2001), strani 375–433.

³⁶ Glej: Možina, *Podjetje in delo 6-7/2004*, stran 1349.

³⁷ Drexel, v: *Münchener Kommentar zum BGB* (2006), *zv. 11 (člen 50-245 EGBGB)*, stran 782.

³⁸ Plettenbrock, *GRUR Int.* 2005, stran 1001.

³⁹ Glej spremenjen predlog z dne 4. 4. 2006, KOM (2006) 160 konč., objavljen na: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52006PC0083:SL:NOT>.

⁴⁰ Več o tej določbi predloga uredbe: Drexel, v: *Münchener Kommentar zum BGB* (2006), *zv. 1 (člen 50-245 EGBGB)*, stran 784 in naslednje.

5. IMPLEMENTACIJA DIREKTIVE V SLOVENSKO PRAVO

Države članice morajo v svojih pravnih redih zagotoviti spoštovanje direktive do 12. junija 2007. Po moji oceni implementacija direktive v slovenskem pravu nelojalne konkurence in varstva potrošnikov ne bo povzročila tektonskih sprememb. Generalno klavzulo o prepovedi nelojalne konkurence že imamo (13. člen ZVK), tako da sam način pravnega urejanja ne bo pomenil novosti. Obveznost ravnanja v skladu z dobriimi poslovnimi običaji oziroma načelom vestnosti in poštenja je v našem pravu tako rekoč samoumevna. Tudi pravila ZVPot o zavajajočem oglaševanju temeljijo na Direktivi 84/450/EGS, nova direktiva pa vsebinskih sprememb pravzaprav ne prinaša. ZVPot sicer izrecno ne določa splošne obveznosti seznanjanja potrošnika z relevantnimi informacijami (direktiva: zavajajoče opustitve), vendar v tem smislu vsebuje vrsto posamičnih določb. Splošno dolžnost pravočasnega seznanjanja nasprotne stranke z vsemi relevantnimi okoliščinami posla posredno določa OZ, njeno opustitev pa sankcionira z odškodninsko odgovornostjo (245. člen). Tudi prepoved in opredelitev agresivnih praks ne bosta prinesli bistvenih vsebinskih sprememb. Praktično pomemben je predvsem seznam *per se* nepoštenih poslovnih praks iz Priloge I. Glede sankcij za nepošteno poslovne prakse direktiva državam članicam pušča precej proste roke, saj se lahko odločijo za vse vrste civilnopravnih, kazenskoprnih in upravnopravnih sankcij ali njihovih kombinacij, da le omogočajo učinkovit boj proti nepoštenim konkurenci. Direktiva sicer poudarja pomen avtonomnega pravnega reguliranja in kodeksov ravnanja, vendar nanje, v nasprotju z nekaterimi predlogi, ne gleda kot na obveznost, temveč zgolj kot na dopolnitev drugim oblikam varstva.

Implementacijo direktive pa bi veljalo izkoristiti za razmislek o reviziji obstoječe ureditve varstva pred nelojalno konkurenco in varstva potrošnikov. Trenutna slika pravne ureditve tega področja namreč ne ustreza zahtevam po notranji usklajenosti in preglednosti pravnega reda, ki sta tudi tesno povezani s pravno varnostjo. Slika je naslednja:

Zakon o varstvu potrošnikov (ZVPot)⁴¹ v tretjem poglavju (Oglaševanje blaga in storitev) določa prepoved zavajajočega oglaševanja in opredeljuje pogoje dopustnega primerjalnega oglaševanja (implementacija Direktive 84/450/EGS, spremenjene z Direktivo 97/55/ES). Ureditev se uporablja tudi za »oblike oglaševanja, ki niso namenjene potrošnikom« (12. člen ZVPot) in je namenjena tako varstvu potrošnikov kot konkurentov, pa tudi varstvu splošnih interesov, saj je prepovedano tudi »nedostojno« oglaševanje, to je »oglaševanje, ki vsebuje sestavine, ki so žaljive ali bi lahko bile žaljive za potrošnike, bralce, poslušalce in gledalce, ali sestavine, ki nasprotujejo morali« (12. in 12. a člen ZVPot). Poleg tega pa ZVPot vsebuje tudi celo vrsto zahtev glede seznanjanja potrošnika z določenimi informacijami pred sklenitvijo pogodbe in po njej, s katerimi se uresničujejo zahteve direktiv, ki pomenijo specialno ureditev glede na direktivo o nepoštenih poslovnih praks. Gre predvsem za režim Direktive 97/7/ES o prodaji na daljavo (dopolnjen z nekaterimi zahtevami glede trženja finančnih storitev na daljavo po Direktivi 2002/65/EGS), v 43.–45. a členu ZVPot ter za zahteve glede oglaševanja in trženja »storitev informacijske družbe« (po Direktivi

⁴¹ ZVPot-UPB2 (Uradni list RS, št. 98/2004).

2000/31/ES o elektronskem poslovanju), ki jih ZVPot vsebuje na več mestih. S stališča direktive o nepoštenih poslovnih praksah je zelo zanimiva določba prvega odstavka 25. člena, ki jo ZVPot vsebuje že od svojega nastanka (1998) in ki podjetjem nalaga, da morajo »prodajati blago potrošniku oziroma opravljati storitve zanj na način, ki ni v nasprotju z dobrimi poslovnimi običaji«. Ker v pojem »prodaje« blaga brzkuje soditi tudi predpogodbena faza, ki zajema tudi seznanjanje z lastnostmi posla, bi lahko rekli, da naše potrošniško pravo že vsebuje nekakšno generalno klavzulo o »poštenih poslovnih praksah«. Med sankcijami za kršitev določb ZVPot predvideva začasno prepoved oglaševanja s strani tržnega inšpektorja (73. člen), civilno opustitveno tožbo prot podjetju (74. člen), (civilno) začasno odredbo po ZIZ (74. a člen), ki jo lahko vloži potrošniška organizacija (75. člen), ter celo vrsto kazenskih določb z razmeroma zelo visokimi denarnimi kaznimi (77.–78. a člen). Za posebno vrsto pogodbenopravnih sankcij gre pri določi tretjega odstavka 37. člena, kjer se v skladu z Direktivo 99/44/ES pri presoji, ali prodana stvar ustreza pogodbi, upoštevajo tudi prodajalčevi ali proizvajalčeve izjave o lastnostih stvari v oglaševanju, ki torej postanejo del prodajalčeve obveznosti iz prodajne pogodbe.⁴²

Drugi pomembni del ureditve oglaševanja in trženja vsebuje Zakon o varstvu konkurence (ZVK), v večjem delu razveljavljen z ZPOmK, ki v 13. členu vsebuje generalno klavzulo o prepovedi »nelojalne« konkurence, dopolnjeno s primeri *per se* nelojalne konkurence v 13. točkah. Nekateri od teh primerov se deloma prekrivajo z ureditvijo zavajajočega oglaševanja v ZVPot. ZVK je namenjen tako varstvu konkurentov kot potrošnikov, pa tudi varstvu instituta delujoče konkurence. Med sankcijami je predvidena tožba na prepoved dejanj nelojalne konkurence, ki jo lahko vloži »vsak prizadet udeleženec v prometu« (26. člen). Če je z dejanjem nelojalne konkurence nastal škoda, sme oškodovanec zahtevati njeno povrnitev po splošnih pravilih obligacijskega prava (27. člen) – dejanje nelojalne konkurence torej pomeni civilni delikt. Za začasno prepoved dejanj nelojalne konkurence je (na lasno pobudo ali na predlog tožech stranke) pristojen tudi tržni inšpektor (28. člen). ZVK predvideva tudi kazenske sankcije (30. člen), nekatera dejanja nelojalne konkurence pa so inkriminirana tudi v Kazenskem zakoniku (na primer 237., 238., 239. in 241. člen). Poleg tega posamezn določbe, ki sodijo na področje, ki ga želi uskladiati direktiva o nepoštenih poslovnih praksah, vsebujejo tudi drugi zakoni, na primer Zakon o medijih v 47.–51. členu, kje je uresničena prepoved prikritega oglaševanja in subliminalnih tehnik iz Direktiv 89/522/EGS (televizija brez meja).

Slovenija bi lahko svoje obveznosti iz direktive o nepoštenih poslovnih praksah izpolnila na primer s sprejemom posebnega zakona ali s (ponovnim) spreminjanjem ZVPot oziroma ZVK, tako da bi v zakon preprosto prenesla vsebino direktive na njenem omejenem področju veljavnosti. Vendar bi po mojem mnenju ob implementaciji direktive veljalo razmisliti o razširitvi ureditve, ki jo prinaša direktiva, tudi na področje je B2B (varstva konkurentov). Državam članicam evropsko pravo ne preprečuje, da t izboljšale kakovost svoje zakonodaje, tako da bi v koncept direktive vključile tudi

⁴² Vsebinsko gre za podoben primer tudi pri 18. členu (četrti odstavek) ZVPot, kjer ima proizvajalec obveznosti iz garancije za brezhibno delovanje tudi tedaj, ko garancija ni obvezna, p je »javno obljubil« oziroma z njo oglaševal blago.

varstvo konkurentov in drugih udeležencev trga. Delitev materije na »potrošniško« in »konkurenčno« varstvo pred nepošteno konkurenco ni smiselna. Navsezadnje je njun temelj v našem pravnem redu že danes pravzaprav isti: prepovedano je ravnanje, ki nasprotuje dobrim poslovnim običajem (in je nepošteno oziroma »nelojalno«) in vpliva oziroma lahko vpliva na delovanje trga. Delitev materije tudi v nomotehničnem pogledu ni smiselna, zato menim, da bi bilo treba varstvo potrošnikov, konkurentov in drugih udeležencev trga pred nepošteno konkurenco, pa tudi varstvo samega instituta delujoče konkurence uresničiti v enem predpisu, z eno generalno klavzulo. Takšen je bil navsezadnje zakonodajalec namen tudi ob uveljavitvi ZVK v letu 1993.

LITERATURA

- Alexander, Die Sanktions- und Verfahrensvorschriften der Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken im Binnenmarkt – Umsetzungsbedarf in Deutschland? GRUR Int. 2005, strani 809–815
- Apostolopoulos, Liberalisierung des Markteschutzes oder Einschränkung für die Anbieterseite? GRUR Int. 2005, strani 292–299
- Bolder, Die Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken – Bewertung und Ausblick, EuZW 2005, stran 545
- Buchner, Rom II und das Internationale Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, GRUR Int. 2005, strani 1004–1012
- Collins (ur.), The Forthcoming EC Directive on Unfair Commercial Practices, Kluwer Law International, The Hague etc., 2004
- Glöckner, Richtlinienentwurf über unlautere Geschäftspraktiken, deutsches UWG oder die schwierige Umsetzung von europarechtlichen Generalklauseln, WRP 2004, strani 936–945
- Grilc/Ilešič, Pravo Evropske unije, Cankarjeva založba, Ljubljana 2001
- Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig (ur.), UWG Kommentar, C. H. Beck, München 2004
- Henning – Bodewig, Die Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken, GRUR Int. 2005, strani 629 – 634
- Mankowski, Was soll der Anknüpfungsgegenstand des (europäischen) Internationalen Wettbewerbsrechts sein? GRUR Int. 2005, strani 634–637
- Možina, Forum delicti commissi v internetu – Mednarodna pristojnost za obravnavo posegov v osebnostne pravice, kršitev konkurenčnega prava in pravic intelektualne lastnine preko interneta, Pravnik let. 57 (2002), št. 9-10, strani 509–532
- Možina, Razvojne tendence v evropskem pravu nelojalne konkurence in varstva potrošnikov, Podjetje in delo, št. 6-7/2004, strani 1339–1352
- Piekenbrock, Die Bedeutung des Herkunftslandprinzips im europäischen Wettbewerbsrecht, GRUR Int. 2005, strani 997–1004
- Schulharmacher, Die Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken, WBI 2005, strani 506–511
- Schulte-Nölke/Busch, Der Vorschlag der Kommission für eine Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken, ZEuP 2004, stran 99
- Zabel, Tržno pravo, Gospodarski vestnik, Ljubljana 1999