FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT V. TRSTENJAK fremsat den 3. september 2009 [1]

Indhold

I — Indledning . . . . . I - 220

II — De relevante retsregler . . . . . I - 221

A — Fællesskabsbestemmelserne . . . . . I - 221

B — Nationale bestemmelser . . . . . I - 223

III — Faktiske omstændigheder, hovedsagen og de præjudicielle spørgsmål . . . . . I - 224

IV — Retsforhandlingerne ved Domstolen . . . . . I - 226

V — Parternes væsentligste argumenter . . . . . I - 226

VI — Retlige bemærkninger . . . . . I - 229

A — Indledende bemærkninger . . . . . I - 229

B — Formaliteten vedrørende det præjudicielle spørgsmål . . . . . I - 231

1. Domstolens kompetence . . . . . I - 231

2. Det præjudicielle spørgsmåls relevans . . . . . I - 233

C — Stillingtagen til det præjudicielle spørgsmål . . . . . I - 236

1. Begrebet »handelspraksis« i artikel 2, litra d), i direktiv 2005/29 . . . . . I - 236

2. Personelt anvendelsesområde for direktiv 2005/29 . . . . . I - 237

1 — Originalsprog: tysk.

3. Undersøgelse af de to regelsæts struktur . . . . . I - 238

a) Bestemmelserne i direktiv 2005/29 . . . . . I - 238

i) Fuldstændig og maksimal tilnærmelse af de nationale bestemmelser som reguleringsformål . . . . . I - 238

ii) Den normative struktur af direktiv 2005/29 . . . . . I - 240

b) Bestemmelserne i UWG . . . . . I - 240

i) Beskrivelse af den normative struktur af forbuddet i UWG's § 3 og § 4, nr. 6 . . . . . I - 241

c) De omtvistede bestemmelsers forenelighed med direktiv 2005/29 . . . . I - 242

i) Nødvendighed af en overensstemmende fortolkning . . . . . I - 242

ii) Undersøgelse på grundlag af direktivbestemmelserne . . . . . I - 244

— Artikel 5, stk. 4 og 5, i direktiv 2005/29 . . . . . I - 244

— Artikel 5, stk. 2, i direktiv 2005/29 . . . . . I - 244

4. Konklusioner . . . . . I - 252

VII — Forslag til afgørelse . . . . . I - 253

I — Indledning

1. I den foreliggende præjudicielle sag i henhold til artikel 234 EF har Bundesgerichtshof (herefter »den forelæggende ret«) forelagt Domstolen et præjudicielt spørgsmål vedrørende fortolkningen af artikel 5, stk. 2, i direktiv 2005/29/EF om urimelig handelspraksis på det indre marked [2] (herefter »direktiv 2005/29«). Anmodningen vedrører

2 — Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2005/29/EF af 11.5.2005 om virksomheders urimelige handelspraksis over for forbrugerne på det indre marked og om ændring af Rådets direktiv 84/450/EØF og Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 97/7/EF, 98/27/EF og 2002/65/EF og Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EF) nr. 2006/2004 (direktivet om urimelig handelspraksis) (EUT L 149, s. 22).

i det væsentlige det spørgsmål, om nationale bestemmelser, hvorefter en handelspraksis, hvorved forbrugeres deltagelse i en salgsfremmende konkurrence eller et salgsfremmende spil gøres betinget af erhvervelse af en vare eller modtagelse af en tjenesteydelse, som udgangspunkt er forbudt, er forenelige med fællesskabsretten.

2. Anmodningen om en præjudiciel afgørelse udspringer af en sag anlagt af Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs (herefter »sagsøgeren i hovedsagen«), hvori denne har foreholdt detailhandelskæden Plus Warenhandelsgesellschaft mbH (herefter »sagsøgte i hovedsagen«) at have tilsidesat konkurrencereglerne i sin reklame for en bonuskampagne (»Bonusaktion«) og nedlagt påstand om, at virksomheden ophører med denne praksis, såvel som om erstatning af omkostninger i forbindelse med påbuddet.

II — De relevante retsregler

A — *Fællesskabsbestemmelserne*

3. Artikel 2 i direktiv 2005/29 bestemmer følgende:

»I dette direktiv forstås ved

[…]

d) »virksomheders handelspraksis over for forbrugerne« (i det følgende også benævnt »handelspraksis«): en handling, undladelse, adfærd eller fremstilling, kommerciel kommunikation, herunder reklame og markedsføring, foretaget af en erhvervsdrivende med direkte relation til promovering, salg eller udbud af et produkt til forbrugerne

[…]«

4. Direktivets artikel 3, stk. 1, bestemmer følgende:

»Dette direktiv gælder for virksomheders urimelige handelspraksis over for forbrugerne, som fastlagt i artikel 5, før, under og efter en handelstransaktion i forbindelse med et produkt.«

5. Direktivets artikel 4 har følgende ordlyd:

»Medlemsstaterne må hverken begrænse friheden til at levere tjenesteydelser eller den frie bevægelighed for varer af grunde, der kan henføres til de områder, hvor der med dette direktiv sker en tilnærmelse.«

6. Direktivets artikel 5, som har overskriften »Forbud mod urimelig handelspraksis«, bestemmer følgende:

»1. Urimelig handelspraksis forbydes.

2. En handelspraksis er urimelig, hvis:

a) den er i modstrid med kravet om erhvervsmæssig diligenspligt

og

b) [den] væsentligt forvrider eller kan forventes væsentligt at forvride den økonomiske adfærd i forhold til produktet hos gennemsnitsforbrugeren, som bliver genstand for den, eller som den er rettet mod, eller, hvis den pågældende handelspraksis rettes mod en særlig gruppe af forbrugere, hos et gennemsnitligt medlem af denne gruppe.

3. Handelspraksis, der på en måde, som den erhvervsdrivende med rimelighed kan forventes at forudse, må formodes kun at forvride den økonomiske adfærd væsentligt hos en klart identificerbar gruppe af forbrugere, som er særligt sårbare over for denne praksis eller det omhandlede produkt på grund af deres mentale eller fysiske handicap, alder eller godtroenhed, vurderes med udgangspunkt i et gennemsnitligt medlem af gruppen. Dette berører ikke den almindelige og legale reklamepraksis, der består i at fremsætte overdrevne udtalelser eller udtalelser, som ikke er beregnet til at blive opfattet bogstaveligt.

4. En handelspraksis er i særdeleshed urimelig, hvis den er

a) vildledende, jf. artikel 6 og 7,

eller

b) aggressiv, jf. artikel 8 og 9.

5. I bilag I findes fortegnelsen over de former for handelspraksis, som under alle omstændigheder vil blive betragtet som urimelige. Den samme fortegnelse skal anvendes i alle medlemsstater og må kun ændres ved en revision af dette direktiv.«

7. Sammenknytningen af salgsfremmende konkurrencer og spil med handelstransaktioner er ikke anført i bilag I til direktivet som en handelspraksis, som under alle omstændigheder anses for urimelig.

B — *Nationale bestemmelser*

8. Formålet med den tyske lov om bekæmpelse af illoyal konkurrence af 3. juli 2004 (Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb) [3], senest ændret ved artikel 1 i den første ændringslov af 22. december 2008 [4] (herefter »UWG«), er i henhold til § 1 at beskytte konkurrenter, forbrugere samt andre markedsdeltagere mod illoyal konkurrence. Den beskytter samtidig almenhedens interesse i en ufordrejet konkurrence.

9. § 3 i den tidligere affattelse af UWG bestemmer følgende:

»Illoyale konkurrencehandlinger, der ikke ubetydeligt kan påvirke konkurrencen til ugunst for konkurrenter, forbrugere eller andre markedsdeltagere, er ulovlige«.

10. Denne bestemmelse er bibeholdt i § 3, stk. 1, i den nye affattelse af UWG efter lovændringen fra december 2008. Med henblik på gennemførelsen af direktiv 2005/29 er den blevet suppleret med to nye

3 — BGBl. I s. 1414.

4 — BGBl. I s. 2949.

stykker. § 3 i den nye affattelse af UWG har nu følgende ordlyd:

»(1) Illoyale kommercielle handlinger er ulovlige, såfremt de mærkbart kan påvirke konkurrenters, forbrugeres eller andre markedsdeltageres interesser.

(2) Kommercielle handlinger over for forbrugere er under alle omstændigheder ulovlige, hvis de ikke overholder den for den erhvervsdrivende gældende erhvervsmæssige diligenspligt og mærkbart kan påvirke forbrugerens evne til at træffe en informeret beslutning, hvorved denne foranlediges til at træffe en transaktionsbeslutning, som vedkommende ellers ikke ville have truffet. I denne forbindelse tages der udgangspunkt i gennemsnitsforbrugeren eller, såfremt den kommercielle handling er rettet mod en særlig gruppe af forbrugere, i et gennemsnitligt medlem af denne gruppe. Der tages udgangspunkt i et gennemsnitligt medlem af en klart identificerbar gruppe af forbrugere, som er særligt sårbare på grund af deres mentale eller fysiske handicap, alder eller godtroenhed, når den erhvervsdrivende kan forudse, at den kommercielle handling kun berører denne gruppe.

(3) De i bilaget til denne lov anførte kommercielle handlinger over for forbrugere er under alle omstændigheder ulovlige.«

11. § 4 i den tidligere affattelse af UWG, der i det væsentlige er forblevet uændret efter lovændringen fra december 2008, bestemmer følgende:

»Urimeligt i den i § 3 omhandlede forstand handler navnlig den,

[…].

6. der gør forbrugeres deltagelse i en salgsfremmende konkurrence eller et salgsfremmende spil betinget af erhvervelse af en vare eller anvendelse af en tjenesteydelse, medmindre den salgsfremmende konkurrence eller det salgsfremmende spil efter sin natur er forbundet med varen eller tjenesteydelsen

[…]«

III — Faktiske omstændigheder, hovedsagen og de præjudicielle spørgsmål

12. Ifølge den forelæggende ret reklamerede sagsøgte, der i Tyskland har ca. 2 700 filialer, i

perioden fra den 16. september til den 13. november 2004 for deltagelse i bonuskampagnen »Ihre Millionenchance« (»Deres chance for at vinde millioner«) med henvisningen: »Einkaufen, Punkte sammeln, gratis Lotto spielen« (køb ind, saml point, spil gratis lotto). Kunder kunne i den nævnte periode samle »bonuspoint«. De modtog ved hvert indkøb et bonuspoint for hver 5 EUR indkøbsværdi. Fra 20 bonuspoint var der mulighed for gratis at deltage i udtrækningen af Deutsche Lottoblock den 6. eller 27. november 2004. For at deltage skulle kunderne på et deltagerkort, der kunne fås i sagsøgtes filialer, bl.a. påklæbe bonuspointene og afkrydse seks lottotal efter eget valg. Sagsøgte lod deltagerkortene indsamle i sine filialer og videregav dem til en udenforstående virksomhed, som sørgede for, at de pågældende kunder deltog i udtrækningen af lottotallene med de i hvert enkelt tilfælde valgte tal.

13. På grundlag af UWG's § 4, nr. 6), antog Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs e.V. i Frankfurt am Main, at den beskrevne bonuskampagne var en ulovlig sammenknytning af varesalget med et salgsfremmende spil. I den sag, der var anlagt ved Landgericht Duisburg, blev sagsøgte dømt i henhold til påstanden, dvs. til i konkurrenceøjemed at ophøre med i reklame rettet mod den endelige forbruger eller på anden måde at reklamere for salg af varer med bekendtgørelse af et salgsfremmende spil på en sådan måde, at en kunde ved erhvervelse af varer modtager bonuspoint, som efterfølgende giver denne mulighed for at deltage i trækningen af Deutsche Lotto- und Totoblock.

14. Appelinstansen (Oberlandesgericht Düsseldorf) forkastede den af sagsøgte iværksatte appel til prøvelse af dommen med det påbud, at det i domskonklusionen indeholdte påbud om at ophøre med adfærden blev nærmere tilpasset den konkrete type overtrædelse ved slettelse af ordet »kostenlos« (»gratis«).

15. Sagsøgte har med tilladelse fra Bundesgerichtshofs første afdeling for civile sager indgivet revisionsanke og gentaget sin påstand om frifindelse.

16. Den forelæggende ret har udtrykt tvivl om, hvorvidt den nationale bestemmelse i UWG's § 4, nr. 6), er forenelig med direktiv 2005/29. Den har derfor besluttet at udsætte sagen og forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»Skal artikel 5, stk. 2, i direktiv 2005/29/EF om urimelig handelspraksis fortolkes således, at bestemmelsen er til hinder for nationale bestemmelser, hvorefter en handelspraksis, hvorved forbrugeres deltagelse i en salgsfremmende konkurrence eller et salgsfremmende spil gøres betinget af erhvervelse af en vare eller modtagelse af en tjenesteydelse, som udgangspunkt er ulovlig, uafhængigt af, om reklameforanstaltningen i det konkrete tilfælde skader forbrugerinteresser?«

IV — Retsforhandlingerne ved Domstolen

17. Forelæggelseskendelsen af 5. juni 2008 indgik til Domstolens Justitskontor den 9. juli 2008.

18. Parterne i hovedsagen, den tyske, den finske, den spanske, den portugisiske, den polske, den tjekkiske, den belgiske og den italienske regering samt Kommissionen har indgivet skriftlige indlæg inden for den frist, der er anført i artikel 23 i statutten for Domstolen.

19. Som en foranstaltning med henblik på sagens tilrettelæggelse har Domstolen stillet parterne et spørgsmål, som de har besvaret.

20. Under retsmødet, der fandt sted den 11. juni 2009, har advokaten for sagsøgte i hovedsagen og de befuldmægtigede for den tyske, den portugisiske, den polske, den tjekkiske, den italienske og den østrigske regering samt for Kommissionen afgivet indlæg.

V — Parternes væsentligste argumenter

21. Den *spanske* og den *tjekkiske regering* er af den opfattelse, at direktiv 2005/29 ikke finder anvendelse på hovedsagen.

22. Den *spanske regering* har indledningsvis bestridt, at anmodningen om præjudiciel afgørelse kan antages til realitetsbehandling, da situationen i hovedsagen efter dens opfattelse udgør et rent internt forhold i en medlemsstat. Den har i den forbindelse henvist til Domstolens udtalelse i Jägerskiöld-dommen [5]. For alle tilfældes skyld har den gjort gældende, at direktiv 2005/29 ikke finder anvendelse, og anført, at de faktiske omstændigheder, der ligger til grund for de nationale retsmidler, ikke blot indtrådte inden udløbet af fristen for gennemførelsen af direktiv 2005/29, men endog inden vedtagelsen heraf. Nationale bestemmelser, der ikke er resultatet af en gennemførelse og endog er vedtaget inden vedtagelsen af det pågældende direktiv, kan ikke fortolkes af Domstolen. Den spanske regering har endvidere anført, at der i hovedsagen ikke er nogen holdepunkter for, at den økonomiske adfærd hos gennemsnitsforbrugeren kunne blive forvredet væsentligt.

23. Den *tjekkiske regering* har anført, at de omtvistede nationale bestemmelser, i modsætning til bestemmelserne i direktiv 2005/29, ikke har til formål at beskytte forbrugerne mod urimelig handelspraksis, men derimod at beskytte konkurrencen og

5 — Dom af 21.10.1999, sag C-97/98, Sml. I, s. 7319, præmis 45.

dermed de enkelte konkurrenter mod en sådan praksis. Disse bestemmelser omfattes derfor ikke af anvendelsesområdet for direktiv 2005/29 og kan ikke være i strid med bestemmelserne heri.

24. *Sagsøgeren i hovedsagen* samt den *finske*, den *portugisiske*, den *belgiske*, den *tyske* og den *italienske regering* er af den opfattelse, at direktiv 2005/29 ikke er til hinder for et forbud som det, der er fastsat i UWG.

25. *Sagsøgeren i hovedsagen* har anført, at forbuddet mod tilgift i UWG's § 4, nr. 6, kun kan finde anvendelse i det enkelte tilfælde, hvis den pågældende handelspraksis på den ene side i henhold til UWG's § 3 ikke ubetydeligt kan påvirke konkurrencen til ugunst for konkurrenter, forbrugere eller andre markedsdeltagere og på den anden side mærkbart kan påvirke forbrugerens evne til at træffe en informeret beslutning, hvorved denne foranlediges til at træffe en transaktionsbeslutning, som han ellers ikke ville have truffet. Den forelæggende ret finder det med urette tvivlsomt, om UWG's § 4, nr. 6, er forenelig med artikel 5, stk. 2, i direktiv 2005/29.

26. Den *finske regering* har indledningsvis anført, at et højt forbrugerbeskyttelsesniveau er et af formålene med direktivet. Direktivet indeholder generelle regler, som gør det muligt at identificere og forbyde urimelige former for handelspraksis, idet medlemsstaterne har mulighed for at vedtage mere detaljerede bestemmelser om forbudte salgsfremmende foranstaltninger. Den finske regering er af den opfattelse, at en national bestemmelse som den i den foreliggende sag omhandlede konkretiserer forbuddet i artikel 5, stk. 1, i direktiv 2005/29 uden derved at gå videre end bestemmelsen i artikel 5, stk. 2. Den nationale bestemmelse er derfor i overensstemmelse med artikel 5, stk. 2.

27. Den *portugisiske regering* har peget på, at bilag I til direktiv 2005/29 indeholder en fortegnelse over de forskellige former for handelspraksis, som under alle omstændigheder anses for urimelige, idet den handelspraksis, som består i at »hævde, at produkter kan gøre det lettere at vinde i hasardspil«, forbydes i nr. 16. Den portugisiske regering synes imidlertid at udelukke, at den omtvistede reklamekampagne er i overensstemmelse med en sådan handelspraksis, da den blotte erhvervelse af en vare eller anvendelse af en tjenesteydelse ikke i sig selv giver en vinderchance. Den portugisiske regering når til den konklusion, at de tyske bestemmelser, navnlig UWG's § 3 og § 4, nr. 6), er i overensstemmelse med direktiv 2005/29, da de forbud, der fremgår af disse bestemmelser — under ét — ikke er i strid med dette direktivs artikel 5, stk. 2.

28. Den *belgiske regering* er af den opfattelse, at det i UWG's § 4, nr. 6), fastsatte forbud mod, at en salgsfremmende konkurrence knyttes til en handelstransaktion, ikke omfattes af anvendelsesområdet for direktiv 2005/29. Desuden vedrører et sådant forbud mod

tilgift en salgsbestemmelse, som ifølge Keck og Mithouard-sagen [6] ikke kan hindre samhandelen inden for Fællesskabet. Kun kommerciel kommunikation, der er adresseret til forbrugerne, kan udgøre urimelig handelspraksis som omhandlet i artikel 2, litra d), i direktiv 2005/29. I dette tilfælde skulle de nationale domstole under hensyntagen til omstændighederne i den forelagte konkrete sag afgøre, om bestemmelserne og kriterierne i direktiv 2005/29 er overholdt.

29. Den *tyske* og den *italienske regering* er af den opfattelse, at det fremgår af ordlyden og opbygningen af direktiv 2005/29, at medlemsstaterne lovligt generelt kan forbyde andre former for handelspraksis end dem, der er anført i bilag I, såfremt den erhvervsdrivendes adfærd kan betragtes som urimelig set i lyset af kriterierne i artikel 5.

30. Hvad konkret angår den omtvistede handelspraksis er den *tyske regering* af den opfattelse, at sammenknytningen af deltagelsen i en salgsfremmende konkurrence eller et salgsfremmende spil med erhvervelse af en vare uden tvivl udgør en urimelig handelspraksis, som netop opfylder betingelserne for anvendelsen af denne bestemmelse. Det følger heraf, at en bestemmelse, som generelt forbyder en sådan form for sammenknytning, er forenelig med hensigten og formålet med direktiv 2005/29.

6 — Dom af 24.11.1993, forenede sager C-267/91 og C-268/91, Sml. I, s. 6097.

31. Med hensyn til kravet i syvende betragtning til direktiv 2005/29 om, at der skal tages hensyn til den enkelte sags omstændigheder, inden visse former for handelspraksis forbydes, har den *italienske regering* anført, at dette krav kan opfyldes ved, at den erhvervsdrivende får mulighed for at føre modbevis for, at hans adfærd er lovlig. Forbuddet mod tilgift i UWG's § 4, nr. 6), er derfor efter den italienske regerings opfattelse i overensstemmelse med direktivbestemmelserne.

32. Derimod er den *sagsøgte i hovedsagen* og *Kommissionen* af den opfattelse, at en national bestemmelse som bestemmelsen i UWG's § 4, nr. 6, hvorefter en handelspraksis, hvorved forbrugeres deltagelse i en salgsfremmende konkurrence eller et salgsfremmende spil gøres betinget af erhvervelse af en vare eller modtagelse af en tjenesteydelse, som udgangspunkt er forbudt, uafhængigt af om reklameforanstaltningen i det konkrete tilfælde skader forbrugerinteresser, er uforenelig med direktivet. Da denne handelspraksis ikke er anført i fortegnelsen i bilag I, kan den kun forbydes, hvis den på grundlag af det enkelte tilfælde skulle blive betragtet som urimelig i lyset af kriterierne i artikel 5, stk. 2, i direktiv 2005/29.

33. *Sagsøgte i hovedsagen* har anført, at planen om et generelt forbud mod deltagelse i salgsfremmende spil sammen med en forudgående forpligtelse til at købe en vare allerede blev behandlet i forbindelse med Kommissionens forslag til forordning om salgsfremmende foranstaltninger i det indre marked, hvilket viser, at fællesskabslovgiver var helt klar over problematikken. Hvis

fællesskabslovgiver havde ønsket at fastsætte et sådant generelt forbud i direktivet, var denne handelspraksis udtrykkeligt blevet anført i bilag I til direktiv 2005/29.

34. Efter den *polske regerings* opfattelse afhænger spørgsmålet om, hvorvidt den omtvistede bestemmelse i UWG er forenelig med direktiv 2005/29, af formålet med denne lov. Den polske regering har frem for alt med støtte i femte betragtning til direktivet anført, at fællesskabslovgiver har ønsket at foretage en klar sondring mellem på den ene side handelspraksis vedrørende forholdet mellem virksomheder og forbrugere, som skader sidstnævnte — hvilket direktivet har haft til hensigt at regulere — og på den anden side handelspraksis vedrørende forholdet mellem virksomheder, som skader konkurrenternes økonomiske interesser — hvilket på sin side ikke omfattes af anvendelsesområdet for direktiv 2005/29. Der kan derfor ikke rejses tvivl om, hvorvidt en national bestemmelse, som har til formål at beskytte konkurrenterne, er forenelig med direktiv 2005/29.

35. Den *østrigske regering* har under den mundtlige forhandling til dels med henvisning til forelæggelseskendelsen fra den østrigske Oberster Gerichtshof i den stadig verserende sag C-540/08 (Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag) givet udtryk for den opfattelse, at direktiv 2005/29 først og fremmest forfølger forbrugerpolitiske formål og derfor ikke finder anvendelse på nationale bestemmelser, der har til formål at beskytte konkurrenters interesser. Sidstnævnte berøres efter dens opfattelse ikke af direktiv 2005/29. Den østrigske regering har navnlig støttet sin retsopfattelse på ottende betragtning til direktivet, men også på Kommissionens forslag til forordning om salgsfremmende foranstaltninger i det indre marked. For alle tilfældes skyld har den anført, at såfremt Domstolen alligevel skulle være af den opfattelse, at direktiv 2005/29 finder anvendelse, bør det samtidig fastslås, at det ikke er til hinder for nationale bestemmelser som UWG's § 3 og § 4, nr. 6.

VI — Retlige bemærkninger

A — *Indledende bemærkninger*

36. Den foreliggende sag giver Domstolen mulighed for at videreudvikle sin retspraksis vedrørende spørgsmålet om, hvorvidt nationale forbud mod tilgift er forenelige med fællesskabsretten. Dommen i de forenede sager C-261/07 (VTB-VAB) og C-299/07 (Galatea) [7], der blev afsagt den 23. april 2009, og hvori Domstolen ligeledes blev anmodet om en fortolkning af direktiv 2005/29, giver nyttige oplysninger for besvarelsen af det præjudicielle spørgsmål. Ligesom i de pågældende sager rejser der sig i den foreliggende sag det spørgsmål, om og hvorvidt medlemsstaterne i betragtning af harmoniseringen af en del af lovgivningen om rimelig handelspraksis på fællesskabsplan på grundlag af direktiv 2005/29 stadig har kompetence til at vedtage bestemmelser, hvorefter tilgift som udgangspunkt er forbudt, uden at en vurdering i det enkelte tilfælde af den pågældende handelspraksis er afgørende.

7 — Dom af 23.4.2009, forenede sager C-261/07 og C-299/07, VTB-VAB og Galatea, Sml. I, s. 2949.

37. Som jeg allerede har anført i mit forslag til afgørelse af 21. oktober 2008 i de ovennævnte sager [8], har direktiv 2005/29, der blev vedtaget af Europa-Parlamentet og Rådet den 11. maj 2005, til formål at tilvejebringe et ensartet regelsæt for reguleringen af urimelig handelspraksis over for forbrugerne. Dette mål skal i henhold til femte betragtning til direktivet nås gennem en harmonisering af lovgivningen om rimelig handelspraksis i Fællesskabets medlemsstater med henblik på at fjerne hindringer på det indre marked [9]. Formålet er derfor en fuldstændig harmonisering af dette område på fællesskabsplan [10].

38. I henhold til artikel 20 i direktiv 2005/29 trådte direktivet allerede i kraft dagen efter offentliggørelsen i *Den Europæiske Unions Tidende*, dvs. den 12. juni 2005. I henhold til artikel 19, stk. 1, var medlemsstaterne forpligtet til at gennemføre det i national ret inden den 12. juni 2007 gennem vedtagelse af de nødvendige love og administrative bestemmelser, dog med en yderligere overgangsfrist på seks år for visse strengere nationale bestemmelser. Disse love og administrative bestemmelser skulle imidlertid først anvendes fra den 12. december 2007.

8 — Jf. mit forslag til afgørelse af 21.10.2008 i de forenede sager C-261/07 og C-299/07, VTB-VAB og Galatea, dom nævnt ovenfor i fodnote 7, punkt 48.

9 — Direktiv 2005/29 gennemfører på normativt niveau Kommissionens forslag med hensyn til forbrugerbeskyttelsens fremtid i Den Europæiske Union, som de behandles i dens grønbog af 2.10.2001 (KOM(2001) 531 endelig udg.). Heri beklager Kommissionen, at forbrugernes indre marked hverken har formået at udnytte de givne muligheder eller at leve op til udviklingen på det indre marked for transaktioner mellem erhvervsdrivende og forbrugere (eller »B2C«, hvorved forstås »Business to Consumer«, dvs. kommunikations- og handelsforbindelser mellem virksomheder og privatpersoner i modsætning til kommunikations- og handelsforbindelser mellem virksomheder eller mellem disse virksomheder og myndigheder, dvs. »B2B«). Forbrugerne deltager sjældent direkte i det indre marked gennem grænseoverskridende handel. Efter Kommissionens opfattelse er årsagen hertil en række vidt forskellige bestemmelser i medlemsstaterne samt en spredt håndhævelse, hvilket afskrækker forbrugerne. Den foreslår deri bl.a., at der udstedes et EU-rammedirektiv for at harmonisere nationale regler om rimelig handelspraksis mellem erhvervsdrivende og forbrugere. Dens forslag til udformningen af dette rammedirektiv indgår i det nuværende direktiv 2005/29.
Ifølge C. Wendehorts, »Auf dem Weg zu einem zeitgemäßen Verbraucherprivatrecht: Umsetzungskonzepte«, *Neuordnung des Verbraucherprivatrechts in Europa?* (udgivet af Brigitta Jud og Christiane Wendehorst), Wien, 2009, s. 166, er den stimulering af det indre marked på B2C-området, som man havde håbet på gennem minimumsharmoniseringen, i vidt omfang udeblevet. Grundene hertil er bl.a. de massive forskelle mellem de forskellige retsordener med hensyn til gennemførelsen. Disse forskelle er en hindring på det indre marked, fordi gennemsnitsforbrugeren slet ikke kender de minimumsstandarder, der er garanteret i hele Europa. Desuden hindres erhvervsdrivende i at udbyde varer og tjenester på tværs af grænserne, da tilpasningen til mange forskellige beskyttelsesstandarder er forbundet med høje omkostninger. Derfor er den europæiske lovgiver gået over til ikke kun at fastsætte minimumsstandarder i direktivbestemmelserne, men samtidig også maksimumsstandarder for forbrugerbeskyttelsen gennem den såkaldte fuldstændige harmonisering.

10 — Således også F. Henning-Bodewig, »Die Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken«, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Internationaler Teil*, 2005, hæfte 8/9, s. 629 og 630; J. Massaguer, *El nuevo derecho contra la competencia desleal — La Directiva 2005/29/CE sobre las Prácticas Comerciales Desleales*, Cizur Menor, 2006, s. 14, 51 og 53; H.-W. Micklitz, »Das Konzept der Lauterkeit in der Richtlinie 2005/29/EG«, *Droit de la consommation/Konsumentenrecht/Consumer law, Liber amicorum Bernd Stauder*, Basel, 2006, s. 299 og 306; J. Kessler, »Lauterkeitsschutz und Wettbewerbsordnung — Zur Umsetzung der Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken in Deutschland und Österreich«, *Wettbewerb in Recht und Praxis*, hæfte 7, 2007, s. 716; G. De Cristofaro, »La direttiva 2005/29/CE — Contenuti, rationes, caratteristiche«, *Le pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori*, Torino, 2007, s. 32 f.; L. Di Mauro, »L'iter normativo: Dal libro verde sulla tutela dei consumatori alla direttiva sulle pratiche commerciali sleali«, *Le pratiche commerciali — Direttive comunitaria ed ordenamento italiano*, Milano, 2007, s. 26, som er af den opfattelse, at formålet med direktiv 2005/29 er en fuldstændig harmonisering af de nationale regler.

39. Forbundsrepublikken Tyskland har formelt opfyldt denne gennemførelsesforpligtelse ved at vedtage den første ændringslov til UWG af 22. december 2008, som trådte i kraft den 30. december 2008 [11]. Den omtvistede bestemmelse i UWG's § 4, nr. 6), er imidlertid ikke blevet vedtaget med henblik på gennemførelse af direktiv 2005/29, men følger af tidligere national lovgivning. Den forelæggende ret har i sin forelæggelseskendelse rejst tvivl om, hvorvidt denne bestemmelse er forenelig med fællesskabsretten. Som den forelæggende ret har fastslået på grundlag af de lovforarbejder, den har haft til rådighed [12], er UWG's § 4, nr. 6), hverken blevet ændret eller slettet i forbindelse med gennemførelsen af direktiv 2005/29 i national ret.

B — *Formaliteten vedrørende det præjudicielle spørgsmål*

1. Domstolens kompetence

40. Den spanske regering har først og fremmest begrundet sin formalitetsindsigelse med, at det præjudicielle spørgsmål mangler en fællesskabsdimension. Den har i den henseende henvist til Jägerskiöld-dommen [13], hvor det i præmis 45 hedder, at »traktatens bestemmelser om fri udveksling af tjenesteydelser ikke finder anvendelse på en situation som den, der foreligger i hovedsagen, og som udgør et rent internt forhold i en medlemsstat«. Såfremt den spanske regering dermed antyder, at de faktiske omstændigheder mangler et grænseoverskridende element, skal dette argument processuelt forstås således, at den dermed i det væsentlige bestrider Domstolens kompetence.

41. Indledningsvis skal jeg bemærke, at den præjudicielle forelæggelse, der var genstand for den nævnte sag, udelukkende vedrørte fortolkningen af de primærretlige bestemmelser om den frie bevægelighed for varer og tjenesteydelser. Et grænseoverskridende element er i realiteten en betingelse for anvendelsen heraf [14]. I den foreliggende sag er Domstolens imidlertid blevet anmodet om en fortolkning af et direktiv som en retsakt i den afledte fællesskabsret i henhold til artikel 249, stk. 3, EF. For så vidt er der allerede i den henseende en forskel mellem de to sager.

11 — Som følge af den for sene gennemførelse af direktiv 2005/29 har Kommissionen indledt en traktatbrudsprocedure mod Forbundsrepublikken Tyskland (overtrædelse nr. 2007/0890) og anlagt sag ved Domstolen den 16.7.2008 i henhold til artikel 226, stk. 2, EF. Den tyske regering svarede ved skrivelse af 6.10.2008, indgået til Domstolens Justitskontor den 13.10.2008. Ved skrivelse, der indgik den 24.2.2009, meddelte Kommissionen Domstolen i henhold til procesreglementets artikel 78, at den hævede sagen. Ved kendelse af 20.3.2009 bestemte Domstolens præsident, at sag C-326/08 (Kommissionen mod Tyskland) skulle slettes af Domstolens register, og at Forbundsrepublikken Tyskland skulle tilpligtes at betale sagens omkostninger.

12 — Jf. den forelæggende rets bemærkninger i punkt 8 i forelæggelseskendelsen.

13 — Jägerskiöld-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 5, præmis 45.

14 — I denne retning U. Becker, *EU-Kommentar* (udgivet af Jürgen Schwarze), 1. oplag, Baden-Baden, 2000, artikel 28, punkt 19, s. 437. K. Lenaerts, D. Arts og I. Maselis, *Procedural Law of the European Union*, 2. oplag, London, 2006, punkt 6-024, s. 191, anfører, at Domstolen ved undersøgelsen af, om en national bestemmelse er forenelig med de primærretlige bestemmelser om den frie bevægelighed for personer, varer og tjenesteydelser, altid vil undersøge, om der er en nær forbindelse til Fællesskabet. Viser det sig nemlig, at der er tale om en rent intern situation i en enkelt medlemsstat, kan disse traktatbestemmelser ikke anvendes.

42. Bortset herfra skal jeg bemærke, at det inden for rammerne af samarbejdet mellem Domstolen og de nationale retter i henhold til artikel 234 EF udelukkende tilkommer den nationale ret, for hvilken en tvist er indbragt, og som har ansvaret for den retsafgørelse, som skal træffes, på grundlag af de konkrete omstændigheder i den sag, der er indbragt for den, at vurdere såvel, om en præjudiciel afgørelse er nødvendig for, at den kan afsige dom, som relevansen af de spørgsmål, den forelægger Domstolen [15].

43. Når spørgsmål, som er stillet af nationale retter, vedrører fortolkning af en fællesskabsretlig bestemmelse, er Domstolen derfor principielt forpligtet til at træffe afgørelse [16], medmindre det er åbenbart, at anmodningen om præjudiciel afgørelse i virkeligheden har til formål at få Domstolen til at træffe afgørelse ved hjælp af en konstrueret tvist eller at afgive responsa om generelle eller hypotetiske spørgsmål, at den fortolkning af fællesskabsretten, der anmodes om, ikke har nogen forbindelse med realiteten i hovedsagen eller dennes genstand, eller at Domstolen ikke råder over de faktiske og retlige oplysninger, som er nødvendige for, at den kan foretage en relevant besvarelse af de forelagte spørgsmål [17].

44. Over for den spanske regerings argument skal jeg derfor bemærke, at vurderingen af, om der foreligger faktiske omstændigheder, der har en »rent national« karakter, er et spørgsmål om fortolkningen af fællesskabsretten og ikke, om spørgsmålet kan realitetsbehandles [18]. Derudover skal jeg bemærke, at Domstolen også har begrundet sin kompetence med den åbenbare interesse i, at enhver fællesskabsretlig bestemmelse fortolkes ensartet, uanset de vilkår, hvorunder bestemmelsen skal anvendes, således at senere fortolkningsuoverensstemmelser undgås [19].

45. Heraf følger, at den spanske regerings argument må forkastes.

15 — Jf. bl.a. dom af 18.10.1990, forenede sager C-297/88 og C-197/89, Dzodzi, Sml. I, s. 3763, præmis 33 og 34, af 8.11.1990, sag C-231/89, Gmurzynska-Bscher, Sml. I, s. 4003, præmis 18 og 19, af 17.7.1997, sag C-28/95, Leur-Bloem, Sml. I, s. 4161, præmis 24, og af 29.1.2008, sag C-275/06, Promusicae, Sml. I, s. 271, præmis 36.

16 — Jf. bl.a. dom af 13.3.2001, sag C-379/98, PreussenElektra, Sml. I, s. 2099, præmis 38, af 22.5.2003, sag C-18/01, Korhonen m.fl., Sml. I, s. 5321, præmis 19, af 5.2.2004, sag C-380/01, Schneider, Sml. I, s. 1389, præmis 21, og af 19.4.2007, sag C-295/05, Asemfo, Sml. I, s. 2999, præmis 30, samt dommen i sagen VTB-VAB og Galatea, nævnt ovenfor i fodnote 7, præmis 32.

17 — Jf. bl.a. dom af 16.12.1981, sag 244/80, Foglia mod Novello, Sml. s. 3045, præmis 18, af 15.6.1995, forenede sager C-422/93 — C-424/93, Zabala Erasun m.fl., Sml. I, s. 1567, præmis 29, af 15.12.1995, sag C-415/93, Bosman, Sml. I, s. 4921, præmis 61, og af 12.3.1998, sag C-314/96, Djabali, Sml. I, s. 1149, præmis 19, PreussenElektra-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 16, præmis 39, Schneider-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 16, præmis 22, dom af 1.4.2008, sag C-212/06, Gouvernement de la Communauté française og Gouvernement wallon, Sml. I, s. 1683, præmis 29, og dommen i sagen VTB-VAB og Galatea, nævnt ovenfor i fodnote 7, præmis 33.

18 — Jf. mit forslag til afgørelse af 11.9.2008 i sag C-351/07, CEPAV DUE m.fl., punkt 43.

19 — Jf. Dzodzi-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 15, præmis 37, Leur-Bloem-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 15, præmis 32, dom af 11.1.2001, sag C-1/99, Kofisa Italia, Sml. I, s. 207, præmis 32, af 29.4.2004, sag C-222/01, British American Tobacco, Sml. I, s. 4683, præmis 40, af 16.3.2006, sag C-3/04, Poseidon Chartering, Sml. I, s. 2505, præmis 16, og af 11.12.2007, sag C-280/06, ETI m.fl., Sml. I, s. 10893, præmis 21.

2. Det præjudicielle spørgsmåls relevans

46. Den omstændighed, at den spanske regering har gjort gældende, at direktiv 2005/29 ikke finder anvendelse på den foreliggende sag, skal i processuel henseende forstås således, at det bestrides, at det præjudicielle spørgsmål er relevant for afgørelsen af hovedsagen.

47. Som allerede anført ovenfor, kan den formodning om relevans, som er knyttet til spørgsmål, der forelægges af de nationale retter til præjudiciel afgørelse, kun afvises i helt særlige tilfælde, når det klart fremgår, at den ønskede fortolkning af de fællesskabsretlige bestemmelser i spørgsmålene savner enhver forbindelse med realiteten i hovedsagen eller dennes genstand [20].

48. I det foreliggende tilfælde er det præjudicielle spørgsmål ikke klart irrelevant for den afgørelse, som den forelæggende ret skal træffe, da — som den udførligt har forklaret i forelæggelseskendelsen — udfaldet af revisionsanken for så vidt angår den ved dom pålagte undladelse afhænger af, om bestemmelserne i UWG's § 3 og § 4, nr. 6, er forenelige med direktiv 2005/29 [21]. Såfremt dette er tilfældet, skal den forelæggende ret forkaste revisionsanken. Såfremt det i UWG's § 4, nr. 6, fastsatte forbud mod salgsfremmende konkurrencer og spil, der er knyttet til en handelstransaktion, må anses for at gå videre end den beskyttelse, der er fastsat i direktivet, må den forelæggende ret forkaste sagen — for så vidt som sagsøgeren har nedlagt påstand om, at sagsøgte pålægges at ophøre med sin adfærd — og ophæve den anfægtede dom.

49. Efter min opfattelse er den spanske regerings påstand om, at de begivenheder, som førte til hovedsagen, fandt sted, inden direktiv 2005/29 trådte i kraft, og endog inden det blev vedtaget, uden relevans for spørgsmålet, om direktiv 2005/29 finder anvendelse på hovedsagen — for så vidt som dette er relevant for undersøgelsen af formaliteten vedrørende det præjudicielle spørgsmål. Den påstand om undladelse, som sagsøgeren i hovedsagen har nedlagt over for sagsøgte under sagen i første instans, er nemlig under alle omstændigheder — som den forelæggende ret har anført i forelæggelseskendelsen [22] — rettet mod afværgelse af fremtidige overtrædelseshandlinger. Såfremt jeg tolker den forelæggende rets bemærkninger vedrørende den relevante nationale lovgivning korrekt, medfører dette, at retten til at kræve undladelse fortsat har retsvirkninger for den sagsøgte. På baggrund af den fortsatte virkning af denne ret [23] fremgår det, at spørgsmålet om, hvorvidt en bestemmelse

20 — Jf. bl.a. dommen i sagen Foglia mod Novello, nævnt ovenfor i fodnote 17, præmis 18, dommen i sagen Zabala Erasun m.fl., nævnt ovenfor i fodnote 17, præmis 29, Bosman-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 17, præmis 61, Djabali-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 17, præmis 19, Schneider-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 16, præmis 22, dommen i sagen Gouvernement de la Communauté française og Gouvernement wallon, nævnt ovenfor i fodnote 17, præmis 29, og dommen i sagen VTB-VAB og Galatea, nævnt ovenfor i fodnote 7, præmis 33.

21 — Jf. præmis 7 i forelæggelseskendelsen.

22 — Jf. præmis 9 i forelæggelseskendelsen.

23 — Den ret til at kræve undladelse, der er reguleret i UWG's § 8, stk. 1, er en formueretlig, materielretlig ret og ikke blot et processuelt retsmiddel. Som en ret til at kræve undladelse af overtrædelse, når der er risiko for gentagelse (UWG's § 8, stk. 1, første punktum), og som en ret til forebyggende at kræve undladelse, når der er risiko for en første overtrædelse (UWG's § 8, stk. 1, andet punktum), er der tale om en afværgeret. Retten opstår, når der er en overhængende risiko for, at den, der er forpligtet til undladelse, vil begå en fremtidig overtrædelse. Det kræves ikke, at fremmede interesser allerede er blevet krænket, og at der er risiko for en ny forstyrrelse (risiko for gentagelse). For at retten opstår, er det tilstrækkeligt, at risikoen for en forstyrrelse for første gang er overhængende (risiko for en første overtrædelse). Retsgrundlaget for at kunne gøre retten til at kræve undladelse gældende, dvs. for at afværge forstyrrelsen, er UWG's § 3, sammenholdt med eksemplerne i § 4 og de særlige regler i §§ 5-7 (jf. i den henseende H. Piper, *Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb* (udgivet af Henning Piper og Ansgar Ohly), 4. oplag, München, 2006, § 8, punkt 3 og 5).

som bestemmelsen i UWG's § 4, nr. 6, er forenelig med direktiv 2005/29, fortsat er aktuelt og relevant for parterne i hovedsagen samt for den nationale ret, der skal træffe afgørelse i sagen.

50. Dette spørgsmål er så meget desto mere relevant, som både gennemførelsesfristen, dvs. den 12. juni 2007, og fristen for den seneste anvendelse af direktivbestemmelserne, dvs. den 12. december 2007, for længst var overskredet på tidspunktet for afsigelsen af forelæggelseskendelsen, dvs. den 5. juni 2008. På dette tidspunkt var den nationale ret ikke blevet tilpasset, og den tyske lovgiver syntes heller ikke at overveje en ophævelse af det principielle forbud mod tilgift i UWG's § 4, nr. 6, hvilket den nationale domstol også var klar over, som det tydeligt fremgår af forelæggelseskendelsen.

51. Såfremt det ikke kan udelukkes, at UWG's § 4, nr. 6, er uforenelig med direktiv 2005/29, vil den nationale domstol i sin egenskab af funktionel fællesskabsdomstol som følge af, at en national konkurrenceretlig ret til at kræve undladelse er fremtidsrettet, om fornødent endnu inden udløbet af gennemførelsesfristen være forpligtet til at undlade at anvende de pågældende nationale bestemmelser. Dette følger af, at fællesskabsretten har forrang for national ret [24], men frem for alt af, at medlemsstaterne ifølge Domstolens praksis i henhold til artikel 10, stk. 2, EF og artikel 249, stk. 3, EF har pligt til at træffe alle foranstaltninger, der er nødvendige for at nå det mål, der tilsigtes med det pågældende direktiv.

52. Som jeg har anført i mit forslag til afgørelse i de forenede sager C-261/07 (VTB-VAB) og C-299/07 (Galatea) [25], er der hermed også forbundet en forpligtelse til at undlade alt, hvad der kunne være til hinder for at nå direktivets formål. Ifølge Domstolens praksis følger det af de ovennævnte traktatbestemmelser, sammenholdt med det pågældende direktiv, at de medlemsstater, som direktivet er rettet til, mens fristen for gennemførelsen af et direktiv løber, skal afholde sig fra at træffe foranstaltninger, der kan bringe virkeliggørelsen af det i direktivet foreskrevne resultat i alvorlig fare [26]. Denne undladelsespligt omfatter alle myndigheder i medlemsstaterne, herunder også domstolene inden for deres kompetence [27]. Det påhviler domstolene i givet fald at undersøge, om nationale retsakter, der er vedtaget inden udløbet af gennemførelsesfristen, er til hinder for at nå direktivets formål [28].

24 — Jf. bl.a. dom af 5.2.1963, sag 26/62, Van Gend & Loos, Sml. 1954-1964, s. 375, org.ref.: Rec. s. 1, af 15.7.1964, sag 6/64, Costa mod E.N.E.L., Sml. 1954-1964, s. 531, org.ref.: Rec. s. 1141, af 17.12.1970, sag 11/70, Internationale Handelsgesellschaft, Sml. s. 1125, og af 9.3.1978, sag 106/77, Simmenthal, Sml. s. 629.

25 — Nævnt ovenfor i fodnote 8, punkt 60.

26 — Dom af 18.12.1997, sag C-129/96, Inter-Environnement Wallonie, Sml. I, s. 7411, præmis 45, af 8.5.2003, sag C-14/02, ATRAL, Sml. I, s. 4431, præmis 58, af 22.11.2005, sag C-144/04, Mangold, Sml. I, s. 9981, præmis 67, og af 4.7.2006, sag C-212/04, Adeneler m.fl., Sml. I, s. 6057, præmis 121.

27 — Dom af 13.11.1990, sag C-106/89, Marleasing, Sml. I, s. 4135, præmis 8, og af 14.7.1994, sag C-91/92, Faccini Dori, Sml. I, s. 3325, præmis 26, dommen i sagen Inter-Environnement Wallonie, nævnt ovenfor i fodnote 26, præmis 40, dom af 25.2.1999, sag C-131/97, Carbonari m.fl., Sml. I, s. 1103, præmis 48, og af 5.10.2004, forenede sager C-397/01 — C-403/01, Pfeiffer m.fl., Sml. I, s. 8835, præmis 110.

28 — Dommen i sagen Inter-Environnement Wallonie, nævnt ovenfor i fodnote 26, præmis 46. I denne retning også P. Vcelouch, *Kommentar zu ELI- und EG-Vertrag* (udgivet af Heinz Mayer), Wien 2004, artikel 249, punkt 45, s. 16.

53. Domstolen fastslog således i Adeneler-dommen [29], at medlemsstaternes retsinstanser, fra tidspunktet for direktivets ikrafttræden, så vidt muligt skal afholde sig fra at fortolke national ret således, at det mål, som direktivet tilstræber, bringes i alvorlig fare efter udløbet af gennemførelsesfristen.

54. Det skal endvidere tages i betragtning, at det ifølge Domstolens praksis ikke kun er de nationale bestemmelser, der udtrykkeligt har til formål at gennemføre et direktiv, der er omfattet af dets anvendelsesområde, men ligeledes — regnet fra den dato, hvor direktivet træder i kraft — de tidligere gældende nationale bestemmelser, der kan sikre national rets forenelighed med direktivet [30]. Dette omfatter i den foreliggende sag også de bestemmelser i UWG, der fandtes, inden direktiv 2005/29 trådte i kraft, herunder bestemmelserne i UWG's § 3 og § 4, nr. 6.

55. Såfremt den nationale domstol således har en formodning om, at en national lovgivning kan være til hinder for at nå formålet med et direktiv, som snarligt skal gennemføres [31], er den forpligtet til allerede i gennemførelsesfasen at træffe de nødvendige foranstaltninger, der gør det muligt at virkeliggøre direktivets formål.

56. Som følge af, at retten til at kræve undladelse er fremtidsrettet, havde de tyske domstole derfor kompetence til fra det tidspunkt, hvor direktiv 2005/29 trådte i kraft, at efterprøve, om UWG's § 4, nr. 6, er forenelig med direktivet, og i tvivlstilfælde forelægge Domstolen et præjudicielt spørgsmål herom vedrørende fortolkningen af direktiv 2005/29 i henhold til artikel 234, stk. 1, litra b), EF.

57. På baggrund af ovenstående kan det præjudicielle spørgsmål ikke frakendes relevans. Anmodningen om præjudiciel afgørelse må således antages til realitetsbehandling.

29 — Dommen i sagen Adeneler m.fl., nævnt ovenfor i fodnote 26, præmis 123.

30 — Dom af 7.9.2006, sag C-81/05, Cordero Alonso, Sml. I, s. 7569, præmis 29, og dommen i sagen VTB-VAB og Galatea, nævnt ovenfor i fodnote 7, præmis 35.

31 — Betingelsen for, at den nationale ret kan gribe ind, er, at der er risiko for, at direktivets formål modvirkes efter udløbet af gennemførelsesfristen (i denne retning også C. Hoffmann, »Die zeitliche Dimension der richtlinienkonformen Auslegung«, *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2006, hæfte 46, s. 2116). Se tilsvarende endvidere W. Schroeder, *EUV/EGV Kommentar* (udgivet af Rudolf Streinz), München, 2003, artikel 249 EF, punkt 139, s. 2197, som er af den opfattelse, at myndighederne og domstolene kun undtagelsesvis er forpligtet til en overensstemmende fortolkning, når lovgiverens gennemførelsesforanstaltninger giver anledning til at antage, at virkeliggørelsen af direktivets formål i sidste instans vil blive forhindret.

C — *Stillingtagen til det præjudicielle spørgsmål*

1. Begrebet »handelspraksis« i artikel 2, litra d), i direktiv 2005/29

58. Indledningsvis bemærkes for det første, at Domstolen under en sag i henhold til traktatens artikel 234 EF ikke er kompetent til at træffe afgørelse om, hvorvidt en national foranstaltning er forenelig med fællesskabsretten. Domstolen er dog beføjet til at forsyne den nationale ret med alle under fællesskabsretten henhørende fortolkningsbidrag, som gør det muligt for denne ret at vurdere spørgsmålet om forenelighed med henblik på at afgøre den indbragte sag [32].

59. Forelæggelsen sigter mod at få fastslået, om direktiv 2005/29 er til hinder for en national bestemmelse som UWG's § 4, nr. 6. Med henblik herpå skal det indledningsvis undersøges, om en sådan bestemmelse, henset til sin genstand, er omfattet af det materielle og personelle anvendelsesområde for direktiv 2005/29. Derefter skal det undersøges, om direktiv 2005/29 skal fortolkes således, at et forbud mod den omtvistede handelspraksis som forbuddet i UWG's § 3 og § 4, nr. 6, er omfattet heraf.

60. I henhold til bestemmelsen i UWG's § 4, nr. 6, sammenholdt med UWG's § 3 UWG, må en erhvervsdrivende ikke gøre forbrugeres deltagelse i en salgsfremmende konkurrence eller et salgsfremmende spil betinget af erhvervelse af en vare eller anvendelse af en tjenesteydelse, medmindre den salgsfremmende konkurrence eller det salgsfremmende spil efter sin natur er forbundet med varen eller tjenesteydelsen. Den forbyder med andre ord sammenknytning af to forskellige varer eller tjenesteydelser med henblik på promovering og skal derfor forstås som et principielt forbud mod tilgift [33].

61. Som jeg udførligt har redegjort for i mit forslag til afgørelse i de forenede sager C-261/07 (VTB-VAB) og C-299/07 (Galatea) [34], og som Domstolen har bekræftet i dommen i de samme sager [35], udgør tilgift kommercielle handlinger, der klart er omfattet af en erhvervsdrivendes handelspraksis og direkte tilsigter promovering og afsætning.

32 — Jf. bl.a. dommen i sagen Costa mod E.N.E.L., nævnt ovenfor i fodnote 24, dom af 29.11.2001, sag C-17/00, De Coster, Sml. I, s. 9445, præmis 23, og af 16.1.2003, sag C-265/01, Pansard m.fl., Sml. I, s. 683, præmis 18.

33 — I denne retning H. Köhler, *Wettbewerbsrecht — Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, München, 2007, § 4, punkt 6.6, s. 308; D. Seichter, »Der Umsetzungsbedarf der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken«, *Wettbewerb in Recht und Praxis*, 2005, s. 1095, som i forbindelse med UWG's § 4, nr. 6, udtrykkeligt taler om et forbud mod tilgift.

34 — Nævnt ovenfor i fodnote 8, punkt 68-70.

35 — Dommen i sagen VTB-VAB og Galatea, nævnt ovenfor i fodnote 6, præmis 48 og 50.

62. Det følger heraf, at den udgør en handelspraksis som omhandlet i artikel 2, litra d), i direktiv 2005/29 og derfor er omfattet af dets materielle anvendelsesområde.

2. Personelt anvendelsesområde for direktiv 2005/29

63. Om den omtvistede nationale bestemmelse i UWG's § 4, nr. 6, er omfattet af det personelle anvendelsesområde for direktivet, afhænger, som den polske regering med rette har anført, af, om bestemmelsen, som direktivet selv, har til formål at beskytte forbrugerne.

64. Direktivet regulerer nemlig kun B2C-området (business to consumer), dvs. forholdet mellem erhvervsdrivende og forbrugere. Denne sammenhæng understreges navnlig i ottende betragtning, hvorefter direktivet direkte kun beskytter forbrugernes økonomiske interesser [36]. Dog anses retmæssigt handlende konkurrenters økonomiske interesser ikke for at være mindre beskyttelsesværdige, som det fremgår af sjette betragtning, men frem for alt af ottende betragtning til direktivet [37].

65. I modsætning til den tjekkiske regering [38] betvivler jeg ikke, at hensigten og formålet med bestemmelsen i UWG's § 4, nr. 6, er at beskytte forbrugeren.

66. For det første bestemmes det udtrykkeligt i UWG's § 1, at denne lov foruden beskyttelsen af konkurrenterne samt andre markedsdeltagere også har til formål at beskytte forbrugeren mod illoyal konkurrence [39]. For det andet taler både forarbejderne til samt hensigten og formålet med UWG's § 4, nr. 6, for en sådan forståelse af bestemmelsen. Denne nationale bestemmelse kodificerer nemlig Bundesgerichtshofs hidtidige praksis [40] vedrørende § 1 i den tidligere affattelse af UWG, hvorefter det var konkurrencefordrejende at gøre deltagelsen i salgsfremmende konkurrencer eller salgsfremmende spil betinget af køb af en vare eller

36 — Således også T. Hoeren, »Das neue UWG — der Regierungsentwurf im Überblick«, *Betriebs-Berater*, 2008, s. 1183; J. Stuyck, »The Unfair Commercial Practices Directive and its Consequences for the Regulation of Sales Promotion and the Law of Unfair Competition«, *The regulation of unfair commercial practices under EC Directive 2005/29 — New rules and new techniques*, Norfolk, 2007, s. 166.

37 — Nævnt ovenfor i fodnote 8, punkt 71 og 72.

38 — Jf. punkt 13 i den tjekkiske regerings skriftlige indlæg.

39 — R. Lutz, »Veränderungen des Wettbewerbsrechts im Zuge der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken«, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht*, 2006, hæfte 11, s. 909, anfører, at den tyske UWG i modsætning til direktiv 2005/29 ikke er begrænset til at beskytte forbrugernes økonomiske interesser, men også har til formål at beskytte konkurrenter, forbrugere og andre markedsdeltagere, som det fremgår af UWG's § 1. Den tyske UWG omfatter derfor både B2C- og B2B-området.

40 — Jf. bl.a. Bundesgerichtshofs domme af 17.11.1972, I ZR 71/71 (salgsfremmende konkurrencer), af 17.2.2000, I ZR 239/97 (Space Fidelity Peep-Show), af 13.6.2002, I ZR 173/ 01 (tilgift I) og af 13.11.2003, I ZR 40/01 (omvendt auktion II).

bestilling af en tjenesteydelse. Ifølge lovforarbejderne [41] er formålet med lovgivningen at beskytte forbrugeren mod, at hans beslutningsfrihed påvirkes uforholdsmæssigt gennem udnyttelse af hans spillelidenskab. Til grund herfor ligger den betragtning, at sammenknytningen af deltagelse i salgsfremmende spil og varesalg også kan påvirke en velunderrettet gennemsnitsforbrugers købsbeslutning i en sådan grad, at denne beslutning ikke længere er baseret på rationelle overvejelser, men bestemmes af en stræben efter den udlovede gevinst. Dette er også den samstemmende opfattelse i den retsvidenskabelige litteratur [42].

67. Denne nationale bestemmelse er derfor ligeledes omfattet af det personelle anvendelsesområde for direktiv 2005/29.

3. Undersøgelse af de to regelsæts struktur

68. For at kunne fastslå, om direktiv 2005/29 er til hinder for en national bestemmelse som UWG's § 4, nr. 6, er det nødvendigt at undersøge og efterfølgende sammenligne de to regelsæts normative formål og struktur.

41 — Jf. lovforslaget fra den tyske regering (BT-Drucksache 15/1487, s. 17).

42 — Jf. H. Piper, a.st. (fodnote 23), § 4.6, punkt 1, s. 348; M. Hecker, *Lauterkeitsrecht — Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb* (udgivet af Karl-Heinz Fezer), München, 2005, bind 1, §§ 4-6, punkt 33, s. 707.

a) Bestemmelserne i direktiv 2005/29

i) Fuldstændig og maksimal tilnærmelse af de nationale bestemmelser som reguleringsformål

69. Som anført ovenfor [43], tager direktiv 2005/29 sigte på en fuldstændig harmonisering af medlemsstaternes lovgivning om urimelig handelspraksis. I modsætning til, hvad der hidtil havde været tilfældet i forbindelse med de sektorspecifikke retsakter for harmonisering af forbrugerbeskyttelseslovgivningen, tilstræbes der endvidere ikke kun en minimumsharmonisering, men en maksimal tilnærmelse af de nationale bestemmelser, som, bortset fra visse undtagelser, afskærer medlemsstaterne fra at opretholde eller indføre strengere bestemmelser, uanset om formålet hermed er at opnå et højere forbrugerbeskyttelsesniveau [44]. Begge dele

43 — Jf. punkt 37 i dette forslag til afgørelse.

44 — Jf. dommen i sagen VTB-VAB og Galatea, nævnt ovenfor i fodnote 7, præmis 52. I denne retning J. Massaguer, a.st. (fodnote 10), s. 15; G. Abbamonte, »The unfair commercial practices Directive and its general prohibition«, *The regulation of unfair commercial practices under EC Directive 2005/29 — New rules and new techniques*, Norfolk, 2007, s. 19, samt L. De Brouwer, »Droit de la Consommation — La Directive 2005/29/CE du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales«, *Revue de Droit Commercial Belge*, hæfte 7, september 2005, s. 796, der på grundlag af den omstændighed, at der med direktiv 2005/29 tilstræbes en maksimal harmonisering, konkluderer, at medlemsstaterne ikke har beføjelse til at vedtage strengere bestemmelser, heller ikke hvis disse har til formål at sikre et højere forbrugerbeskyttelsesniveau. G. De Cristofaro, a.st. (fodnote 10), s. 32, er af den opfattelse, at medlemsstater hverken må fravige direktivets bestemmelser eller fastsætte et højere forbrugerbeskyttelsesniveau. Ifølge J. Kessler, a.st. (fodnote 10), s. 716, fastsætter direktivet ikke kun minimumsstandarder, men er samtidig til hinder for, at medlemsstaterne kan opretholde bestemmelser, der af hensyn til en postuleret forbrugerorientering går ud over de materielle krav i direktivet og dermed indeholder strengere krav.

fremgår af såvel betragtningerne til som de generelle bestemmelser i dette direktiv.

70. For det første følger dette af betragtning 11 til direktivet, hvorefter dette direktivs *tilnærmelse* af de nationale bestemmelser skal skabe et højt fælles forbrugerbeskyttelsesniveau. For det andet tales der i betragtning 12 om, at forbrugerne og virksomhederne skal kunne sætte deres lid til en *enkelt lovgivningsmæssig ramme*, som er baseret på klart definerede retlige begreber, og som gælder for alle aspekter af urimelig handelspraksis i hele Den Europæiske Union. Til metoden i form af *tilnærmelse af lovgivningerne* henvises der igen i artikel 1 i direktiv 2005/29, hvoraf det fremgår, at den har til formål at forbedre forbrugerbeskyttelsen og optimere det indre marked.

71. Formålet med en omfattende og maksimal regulering på fællesskabsplan af det område, der er omfattet af direktivets anvendelsesområde, fremgår også klart af betragtning 14 og 15 til direktivet, hvori der udtrykkeligt tales om en *fuldstændig harmonisering*. Derudover fremgår dette af bestemmelsen om det indre marked i direktivets artikel 4, hvorefter medlemsstaterne hverken må begrænse friheden til at levere tjenesteydelser eller den frie bevægelighed for varer af grunde, der kan henføres til de områder, hvor der med dette direktiv *sker en tilnærmelse*.

72. Som undtagelse bestemmes det i direktivets artikel 3, stk. 5, at medlemsstaterne i en periode på seks år efter den 12. juni 2007 på det område, hvor der med direktivet sker en tilnærmelse, må fortsætte med at anvende nationale bestemmelser, som er mere restriktive eller præskriptive end direktivet. Denne undtagelse er dog begrænset til de nationale bestemmelser, som implementerer direktiver med bestemmelser om minimumsharmonisering [45]. En yderligere undtagelse fra den fuldstændige harmonisering findes endelig i artikel 3, stk. 9, i forbindelse med finansielle tjenesteydelser som defineret i direktiv 2002/65/EF, samt vedrørende fast ejendom.

45 — De direktiver, som indeholder bestemmelser om minimumsharmonisering, såsom artikel 3, stk. 5, i direktiv 2005/29, omfatter følgende: Rådets direktiv 85/577/EØF af 20.12.1985 om forbrugerbeskyttelse i forbindelse med aftaler indgået uden for fast forretningssted (EFT L 372, s. 31), Rådets direktiv 90/314/EØF af 13.6.1990 om pakkerejser, herunder pakkeferier og pakketure (EFT L 158, s. 59), Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 94/47/EF af 26.10.1994 om beskyttelse af købere i forbindelse med visse aspekter ved kontrakter om brugsret til fast ejendom på timeshare-basis (EFT L 280, s. 83), Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 97/7/EF af 20.5.1997 om forbrugerbeskyttelse i forbindelse med aftaler vedrørende fjernsalg (EFT L 144, s. 19), Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 98/6/EF af 16.2.1998 om forbrugerbeskyttelse i forbindelse med angivelse af priser på forbrugsvarer (EFT L 80, s. 27), Rådets direktiv 89/552/EØF af 3.10.1989 om samordning af visse love og administrative bestemmelser i medlemsstaterne vedrørende udøvelse af tv-radiospredningsvirksomhed (EFT L 298, s. 23).

ii) Den normative struktur af direktiv 2005/29

73. Hjørnestenen i direktiv 2005/29 er den generelle bestemmelse i artikel 5, stk. 1, som fastsætter forbuddet mod urimelig handelspraksis. Hvad der nærmere forstås ved »urimelig«, præciseres i artikel 5, stk. 2. I henhold hertil er en handelspraksis urimelig, hvis den for det første er i modstrid med kravet om »erhvervsmæssig diligenspligt« og for det andet kan forventes »væsentligt at forvride« den økonomiske adfærd hos forbrugeren. I henhold til stk. 4 er handelspraksis i særdeleshed urimelig, hvis den er vildledende (artikel 6 og 7) eller aggressiv (artikel 8 og 9). I stk. 5 henvises til bilag I og de deri nævnte former for handelspraksis, som »under alle omstændigheder vil blive betragtet som urimelige«. Denne fortegnelse skal anvendes i alle medlemsstater og må kun ændres ved en revision af direktivet.

74. Med hensyn til de nationale domstoles og myndigheders retsanvendelse følger heraf, at der først og fremmest skal tages udgangspunkt i den i bilag I indeholdte fortegnelse over 31 former for urimelig handelspraksis. Kan en handelspraksis henføres til et af tilfældene, skal den forbydes; det er ikke nødvendigt at foretage en yderligere undersøgelse, f.eks. af virkningerne. Er den konkrete situation ikke omfattet af denne fortegnelse over forbud, skal det undersøges, om der er tale om et af de tilfælde, der er reguleret i den generelle bestemmelse — vildledende og aggressiv handelspraksis. Kun hvis dette ikke er tilfældet, finder den generelle bestemmelse i artikel 5, stk. 1, i direktiv 2005/29 direkte anvendelse [46].

b) Bestemmelserne i UWG

75. Ifølge fast retspraksis er hver af de medlemsstater, et direktiv er rettet til, forpligtet til inden for sin nationale retsorden at træffe alle de foranstaltninger, der er nødvendige for at sikre direktivet fuld virkning i overensstemmelse med dets formål [47]. Hermed forbundet er den nationale lovgivers forpligtelse til at gennemføre det pågældende direktiv korrekt i national ret [48]. Ifølge sin

46 — Således også analyseskemaet i G. De Cristofaro, a.st. (fodnote 10), s. 12, og F. Henning-Bodewig, a.st. (fodnote 10), s. 631.

47 — Jf. bl.a. dom af 1.2.1977, sag 51/76, Verbond van Nederlandse Ondernemingen, Sml. s. 113, præmis 22, af 26.2.1986, sag 152/84, Marshall, Sml. s. 723, præmis 48, af 24.10.1996, sag C-72/95, Kraaijeveld m.fl., Sml. I, s. 5403, præmis 55, af 17.6.1999, sag C-336/97, Kommissionen mod Italien, Sml. I, s. 3771, præmis 19, af 8.3.2001, sag C-97/00, Kommissionen mod Frankrig, Sml. I, s. 2053, præmis 9, af 7.5.2002, sag C-478/99, Kommissionen mod Sverige, Sml. I, s. 4147, præmis 15, og af 26.6.2003, sag C-233/00, Kommissionen mod Frankrig, Sml. I, s. 6625, præmis 75.

48 — Gennemførelsen af et direktiv er en del af en lovgivningsprocedure i to etaper, hvor den anden etape skal finde sted på nationalt niveau. I forbindelse med den materielle gennemførelse på nationalt niveau konkretiseres direktiverne (jf. i den henseende P. Vcelouch, a.st. (fodnote 28), artikel 249, punkt 48 og 50, s. 17 og 18).

ordlyd overlader artikel 249, stk. 3, EF det imidlertid til de nationale myndigheder at bestemme form og midler for gennemførelsen. Denne valgfrihed tilkommer navnlig den nationale lovgiver.

76. Det er derfor anerkendt i retspraksis, at det for en korrekt gennemførelse af et direktiv ikke er absolut nødvendigt ordret at gentage direktivets bestemmelser i en udtrykkelig speciel lovbestemmelse [49]. Det afgørende er derimod, at den nationale lovgivning, der sættes i kraft med henblik på gennemførelse af direktivet, opfylder kravene om retlig klarhed og retssikkerhed for at sikre, at hele direktivprogrammet virkeliggøres, når domstole og myndigheder i den pågældende medlemsstat anvender den nationale lovgivning [50].

77. En undersøgelse af spørgsmålet, om og i hvilket omfang den omtvistede bestemmelse i UWG's § 4, nr. 6, opfylder kravene i direktivet, kræver først en kort forklaring af de væsentlige hjørnestene i denne nationale ordning.

49 — Jf. dom af 28.2.1991, sag C-131/88, Kommissionen mod Tyskland, Sml. I, s. 825, præmis 6, af 20.3.1997, sag C-96/95, Kommissionen mod Tyskland, Sml. I, s. 1653, præmis 35, af 15.11.2001, sag C-49/00, Kommissionen mod Italien, Sml. I, s. 8575, præmis 21 og 22, og af 28.4.2005, sag C-410/03, Kommissionen mod Italien, Sml. I, s. 3507, præmis 60. D. Seichter, a.st. (fodnote 33), s. 1088, har med rette henvist hertil i forbindelse med behovet for at gennemføre direktiv 2005/29 i tysk ret.

50 — I denne retning M. Ruffert, i Calliess og Ruffert (udg.), *Kommentar zu EUV/EGV*, 3. oplag, 2007, artikel 249, punkt 49, s. 2135. Det følger af fast retspraksis, at gennemførelsen af et direktiv skal sikre, at direktivet anvendes fuldt ud. Jf. bl.a. dom af 9.9.1999, sag C-217/97, Kommissionen mod Tyskland, Sml. I, s. 5087, præmis 31, af 16.11.2000, sag C-214/98, Kommissionen mod Grækenland, Sml. I, s. 9601, præmis 49, og af 11.7.2002, sag C-62/00, Marks & Spencer, Sml. I, s. 6325, præmis 26.

i) Beskrivelse af den normative struktur af forbuddet i UWG's § 3 og § 4, nr. 6

78. Bestemmelsen i UWG's § 3 i den affattelse af 3. juli 2004, der var gældende på tidspunktet for anmodningen om en præjudiciel afgørelse og derfor er relevant i denne forbindelse, fastsætter forbuddet mod illoyal konkurrence. Denne grundlæggende regel i lovgivningen om rimelig handelspraksis er udformet som en generel bestemmelse, som har et omfattende anvendelsesområde med henblik på sanktionering af konkurrenceretlige overtrædelseshandlinger. Denne generelle bestemmelse findes efter lovændringen i 2008 også fortsat i § 3, stk. 1, i den nye affattelse af UWG med blot mindre ændringer af ordlyden.

79. De materielle bestemmelser vedrørende konkurrenceovertrædelser beskrives ved hjælp af begrebet »illoyal konkurrence«. På grundlag af systematikken i opbygningen af UWG, som i de generelle bestemmelser i kapitel 1 (§§ 1-7) foruden beskyttelsesformålet i UWG's § 1 og definitionerne i UWG's § 2 indeholder forbudsbestemmelser (§§ 3-7), reguleres de retlige følger (§§ 8-10) af en tilsidesættelse af en forbudsbestemmelse og forældelsen (§ 11) i kapitel 2 og de formelle procedureregler i kapitel 3. Kapitel 4 (§§ 16-19) indeholder strafferetlige bestemmelser på konkurrenceområdet og kapitel 5 (§§ 20-22) de afsluttende bestemmelser.

80. UWG's § 4 indeholder en opregning af eksempler, herunder det omtvistede tilfælde, hvor forbrugere deltager i salgsfremmende konkurrencer eller spil, som konkretiserer det generelle forbud mod illoyale konkurrencehandlinger i den generelle bestemmelse i UWG's § 3 [51]. Man overtog dermed de tilfælde, der i det væsentlige var opstillet i tysk retspraksis og teori. Ved at opregne en række eksempler har den nationale lovgiver i vidt omfang ønsket at aflaste de nationale domstole fra opgaven med at konkretisere kriteriet »urimelighed« [52] og skabe større gennemsigtighed [53]. Da UWG's § 4, nr. 6, kun konkretiserer kriteriet »urimelighed«, skal derfor foruden betingelserne for at anvende denne bestemmelse — som i forbindelse med de øvrige eksempler — betingelserne i UWG's § 3 også altid foreligge for, at en foranstaltning kan betragtes som konkurrencebegrænsende [54]. Ifølge disse skal de illoyale konkurrencehandlinger (eller de kommercielle handlinger i henhold til § 3, stk. 1, i den nye affattelse af UWG) ikke ubetydeligt kunne fordreje konkurrencen til ugunst for konkurrenter, forbrugere eller andre markedsdeltagere. Den konkurrencehandling (eller den kommercielle handling i henhold til § 3, stk. 1, i den nye affattelse af UWG), som anfægtes, skal derfor ikke kun være begået inden for et konkret konkurrenceforhold, men også overskride en bestemt tærskel, dvs. være af en vis betydning for konkurrencen og i betydelig grad berøre de beskyttede personkredses interesser.

81. Gennem indførelsen af en »bagateltærskel« eller et »mærkbarhedskrav« aflastes de nationale domstole, for så vidt som de ikke behøver at behandle mindre vigtige tilfælde af misbrug [55]. Af afgørende betydning for undersøgelsen af, om de omtvistede bestemmelser er forenelige med direktiv 2005/29, er efter min opfattelse, hvor højt eller hvor lavt de nationale konkurrencedomstole fastsætter denne tærskel.

c) De omtvistede bestemmelsers forenelighed med direktiv 2005/29

i) Nødvendighed af en overensstemmende fortolkning

82. Ved undersøgelsen af, om en bestemmelse inden for national lovgivning er i modstrid med fællesskabsretten, er det

51 — Ifølge H. Köhler, »Die UWG-Novelle«, *Wettbewerb in Recht und Praxis*, 2009, s. 112, skal eksemplerne på illoyal adfærd i UWG's § 4-6 anvendes til at konkretisere begrebet rimelighed i UWG's § 3.

52 — I denne retning H. Köhler, *Wettbewerbsrecht — Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, a.st. (fodnote 33), § 3, punkt 6, s. 152; H. Piper, a.st. (fodnote 23), § 4, punkt 2, s. 243.

53 — Jf. lovforslaget fra den tyske regering (BT-Drucksache 15/1487, s. 18).

54 — Jf. lovforslaget fra den tyske regering (BT-Drucksache 15/1487, s. 17). I denne retning også M. Hecker, a.st. (fodnote 42), § 4-6, punkt 25, s. 704; H. Köhler, *Wettbewerbsrecht — Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, a.st. (fodnote 34), § 4, punkt 6.4, s. 309.

55 — I denne retning S. Charaktiniotis, *Die lauterkeitsrechtlichen Zulässigkeitsschranken der Kopplungsangebote nach der Aufhebung der Zugabenverordnung*, Frankfurt am Main, 2006, s. 164. Ifølge H. Köhler, »Die Bagatellklausel in § 3 UWG«, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht*, 1/2005, s. 1, har ovennævnte betingelser for anvendelse af UWG's § 3 til formål at undgå, at bagateltilfælde forfølges.

nemlig ikke kun ordlyden i denne bestemmelse, der er afgørende, idet man derudover også skal tage hensyn til den fortolkning, som de nationale domstole anlægger af denne bestemmelse [56]. Ved at afspejle den fortolkning af loven, der er bindende for alle retsundergivne, fremstår retspraksis i en medlemsstat som et uundværligt kriterium for bedømmelsen af, om gennemførelsen og fortolkningen i den nationale lovgivning er i overensstemmelse med fællesskabsretten [57].

83. Trods den omstændighed, at alene kriteriet »urimelighed« opfyldes ved anvendelse af betingelsen i UWG's § 4, nr. 6, og en handling efter national ret først er forbudt, når betingelserne i UWG's § 3 foreligger, antages det ifølge den forelæggende rets bemærkninger [58] tydeligvis i retspraksis ved de øverste tyske domstole, at der ved anvendelsen af UWG's § 4, nr. 6, altid vil være en formodning for, at konkurrencebegrænsningen er betydelig [59].

Dette fremgår af henvisningen til lignende opfattelser i den retsvidenskabelige teori [60], forklaringerne til de nationale bestemmelser i forelæggelseskendelsen, men også af formuleringen af selve det præjudicielle spørgsmål, hvorefter de omtvistede bestemmelser forbyder tilgift, »uafhængigt af om reklameforanstaltningen i det konkrete tilfælde skader forbrugerinteresser«. Denne formulering tyder på, at UWG's § 4, nr. 6, skal fortolkes, som om den nationale dommer næsten ikke har nogen skønsmæssig beføjelse i det enkelte tilfælde. Den tyske regering lægger i sine tidligere skriftlige indlæg åbenbart ligeledes denne antagelse til grund, når den i forbindelse med disse nationale bestemmelser taler om et »absolut« eller »generelt« forbud [61].

56 — K. Lenaerts, D. Arts og I. Maselis, a.st. (fodnote 14), punkt 5-056, s. 162, henviser til, at rækkevidden af nationale love, forordninger eller administrative bestemmelser skal bedømmes i lyset af den udlægning, som de nationale domstole giver af dem. Den overensstemmende fortolkning af national ret var genstand for en anmodning om præjudiciel afgørelse indgivet af den tyske Bundesgerichtshof i sag C-42/95, Siemens mod Nold, dom af 19.11.1996, Sml. I, s. 6017, samt den belgiske Hof van beroep te Gent i sag C-205/07, Gysbrechts, dom af 16.12.2008, Sml. I, s. 9947.

57 — Jf. i den henseende mit forslag til afgørelse af 4.9.2008 i sag C-338/06, Kommissionen mod Spanien, dom af 18.12.2008, Sml. I, s. 10139, punkt 89.

58 — Jf. præmis 10, 15, 20 og 21 i forelæggelseskendelsen.

59 — Jf. f.eks. Oberlandesgericht Celles dom af 10.1.2008 (Az.: 13 U 118/07). Heri henviser Oberlandesgericht til, at UWG's § 4, nr. 6, i modsætning til UWG's § 4, nr. 1, efter sin ordlyd ikke udtrykkeligt fastsætter, at forbrugerens beslutningsfrihed kan påvirkes. Efter Oberlandesgerichts opfattelse har lovgiver derimod lagt til grund, at der principielt er tale om en sådan påvirkning, når de i UWG's § 4, nr. 6, nævnte betingelser foreligger.

60 — Ifølge H. Köhler, »Die Bagatellklausel in § 3 UWG«, a.st. (fodnote 55), s. 6, som den forelæggende ret henviser til, medfører den omstændighed, at deltagelsen i en salgsfremmende konkurrence eller et salgsfremmende spil gøres betinget af erhvervelse af en vare eller tjenesteydelse, altid en ikke kun ubetydelig indskrænkning af de pågældendes interesser, da de for at kunne deltage tvinges til at foretage en anskaffelse, som de ellers ikke havde planlagt. Forfatteren slutter på grundlag heraf, at det ikke er nødvendigt at foretage en yderligere undersøgelse af, om konkurrencen er påvirket til ugunst for konkurrenter, forbrugere eller andre markedsdeltagere i henhold til UWG's § 3.

61 — Jf. punkt 9 og 14 i den tyske regerings skriftlige indlæg af 14.10.2008. Heri er den for det første af den opfattelse, at »yderligere *absolutte forbud* mod urimelig handelspraksis er forenelige med direktivets systematik«, og for det andet, at »en national bestemmelse, som *generelt forbyder* en sådan sammenknytning, [er] forenelig med hensigten og formålet med direktivet«.
I den forbindelse er det påfaldende, at disse bemærkninger til dels er i strid med den tyske regerings senere bemærkninger i dens skriftlige indlæg af 19.5.2009, hvori den har anført, at »både UWG's § 3 i affattelsen af 3.7.2004 og UWG's § 3, stk. 1 og 2, i affattelsen af 22.12.2008 sikrer, at lovligheden af tilgift som omhandlet i UWG's § 4, nr. 6, i begge affattelser *skal vurderes på grundlag af omstændighederne i det enkelte tilfælde*« (jf. punkt 15-17). Den tyske regering har endvidere påstået heri, at forbuddet mod salgsfremmende foranstaltninger i UWG's § 4 af 3.7.2004 ikke er et generelt forbud, som automatisk finder anvendelse. Det anvendes derimod på de betingelser, der er fastsat i UWG's § 3. I henhold til disse skal konkurrencehandlingen undersøges på grundlag af omstændighederne i det enkelte tilfælde. Det samme gælder med hensyn til den nye affattelse af UWG's § 3 i forbindelse med gennemførelsen af direktivet.

ii) Undersøgelse på grundlag af direktivbestemmelserne

84. I det følgende skal det undersøges, om denne fortolkning af UWG's § 4, nr. 6, som reelt svarer til et principielt forbud mod tilgift i forbindelse med salgsfremmende konkurrencer eller spil, er forenelig med direktivet. Med henblik herpå lægges det analyseskema, der er beskrevet i punkt 74 i dette forslag til afgørelse, til grund.

— Artikel 5, stk. 4 og 5, i direktiv 2005/29

85. Indledningsvis skal jeg bemærke, at den handelspraksis, som forbydes i UWG's § 4, nr. 6, ikke svarer til nogen af de tilfælde af urimelig handelspraksis, der er anført i bilag I til direktivet [62]. Det tilfælde, der er anført i nr. 16, og hvor det hævdes, at visse produkter kan gøre det lettere at vinde i hasardspil, er navnlig ikke relevant. Det vedrører en særlig form for reklame, men ikke anvendelsen af tilgift som sådan. Bortset herfra reklamerer den sagsøgte i hovedsagen, hvilket den portugisiske regering med rette har henvist til, på ingen måde med, at den blotte erhvervelse af en vare allerede giver en vinderchance. Der tilbydes kun mulighed for at deltage i et hasardspil, der i forvejen er tilgængeligt for enhver, uden at køberen herved loves en større vinderchance.

86. Da tilgift generelt ikke er blandt de i bilag I nævnte former for handelspraksis, som under alle omstændigheder vil blive betragtet som urimelige, må tilgift i princippet kun forbydes, hvis den udgør urimelig handelspraksis, f.eks. fordi den er vildledende eller aggressiv i direktivets forstand [63]. Den handelspraksis, som forbydes i UWG's § 4, nr. 6, kan imidlertid hverken betegnes som vildledende eller aggressiv i den i direktivets artikel 5, stk. 4, omhandlede forstand.

— Artikel 5, stk. 2, i direktiv 2005/29

87. I henhold til direktivet kan der endvidere kun indføres et forbud, hvis en handelspraksis må betragtes som urimelig, fordi den er i modstrid med kravet om erhvervsmæssig diligenspligt og væsentligt forvrider eller kan forventes væsentligt at forvride den økono-

62 — R. Lutz, a.st. (fodnote 39), s. 910, konstaterer ligeledes, at UWG's § 4, nr. 6, ikke har noget sidestykke i eksemplerne i direktivet. Forfatteren rejser derfor det spørgsmål, om denne bestemmelse kan opretholdes.

63 — Jf. mit forslag til afgørelse i sagen VTB-VAB og Galatea, nævnt ovenfor i fodnote 8, punkt 82.

miske adfærd i forhold til produktet hos gennemsnitsforbrugeren. Med henblik herpå skal betingelserne i artikel 5, stk. 2, litra a) og b), være opfyldt samtidigt [64].

88. Efter den tyske regerings opfattelse er dette tilfældet med hensyn til den handelspraksis, der forbydes i UWG's § 4, nr. 6, og til støtte herfor har den i det væsentlige henvist til risikoen for manipulation som følge af, at der appelleres til forbrugerens spillelidenskab.

Tilsidesættelse af den erhvervsmæssige diligenspligt

89. Begrebet »erhvervsmæssig diligenspligt« er defineret i direktivets artikel 2, litra h), som »standarden for de særlige færdigheder og den omhu, som en erhvervsdrivende med rimelighed kan forventes at udvise over for forbrugerne, og som skal stå i et rimeligt forhold til hæderlig markedspraksis og/eller det generelle princip om god tro inden for den erhvervsdrivendes virkefelt«.

90. Denne definition, der bl.a. er knyttet til det ubestemte retlige begreb »hæderlig markedspraksis«, omfatter en vurdering, som absolut kan variere fra den ene medlemsstat til den anden som følge af de specifikke kulturelle forhold og moralske forestillinger [65]. Dette ændres ikke af, at direktivet i henhold til betragtning 13 har til formål gennem en tilnærmelse af lovgivningen at fjerne hindringer på det indre marked, som skyldes anvendelsen af divergerende generalklausuler og retsprincipper, især da medlemsstaterne åbenbart har en vis lovgivningsfrihed på et afgrænset område [66]. Dette anerkendes udtrykkeligt i direktivet, da det fremgår af syvende betragtning, at det »ikke [vedrører] lovmæssige krav med hensyn til smag og anstændighed, der varierer meget fra den ene medlemsstat til den anden«. Deri anføres som eksempel kundehvervning på gaden, som er uønsket i nogle medlemsstater. Det fremgår derfor også af samme betragtning, at »[m]edlemsstaterne […] fortsat [bør] kunne forbyde visse former for handelspraksis på deres område under henvisning til smag og

64 — I denne retning G. Abbamonte, a.st. (fodnote 44), s. 21; J. Massaguer, a.st. (fodnote 10), s. 58.

65 — Således også H.-W. Micklitz, a.st. (fodnote 10), s. 308, samt J. Massaguer, a.st. (fodnote 10), s. 69, som er af den opfattelse, at definitionen af »erhvervsmæssig diligenspligt« i direktivets artikel 2, litra h), i betragtning af anvendelsen af ubestemte retlige som »hæderlig markedspraksis« og »god tro« kan medføre forskellige fortolkninger.

66 — J. Glöckner og F. Henning-Bodewig, »EG-Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken: Was wird aus dem »neuen« UWG?«, *Wettbewerb in Recht und Praxis*, 11/2005, s. 1323, henviser til medlemsstaternes skøn ved gennemførelsen af direktivet, som er så meget desto større, jo mere ubestemt fællesskabsbestemmelserne er. I betragtning af ubestemtheden af begrebet urimelighed står det formentlig fortsat de nationale lovgivere frit for ved gennemførelsen af den generelle bestemmelse på grundlag af deres nationale traditioner at sanktionere handelspraksis, som er i strid med god skik og god tro, så længe udfyldelsen af begreberne ikke afviger fra begrebet urimelighed i artikel 5, stk. 2, sammenholdt med artikel 2, stk. 1, litra h), i direktiv 2005/29. I samme retning i forbindelse med begrebet »hæderlig markedspraksis« H.-W. Micklitz, a.st. (fodnote 10), s. 309 f. Forfatteren taler om, at medlemsstaterne har et vist skøn med hensyn til smag og anstændighed.

anstændighed, uanset at sådanne former for praksis ikke begrænser forbrugernes valgfrihed«.

91. Det forhold, at hasardspil medfører en potentiel risiko for samfundet i medlemsstaterne [67], og sidstnævnte derfor skal være i stand til at træffe de nødvendige foranstaltninger til at begrænse risiciene for ludomani, fremgår også af Domstolens retspraksis i de såkaldte hasardspilsdomme. Det centrale i disse domme var afvejningen mellem på den ene side den frie udveksling af tjenesteydelser og etableringsfriheden og på den anden side beskyttelsen af tvingende almene hensyn, som f.eks. hensynene til forbrugerbeskyttelse, forebyggelse af bedrageri og fjernelse af incitamenter for borgerne til overdrevent forbrug i tilknytning til spillevirksomhed samt hensynet til generelt at forebygge forstyrrelser af samfundsordenen [68]. Deri har Domstolen anerkendt medlemsstaternes kompetence til at »fastsætte målene for deres politik på hasardspilsområdet, og i givet fald nøjagtigt fastsætte det ønskede beskyttelsesniveau«. Efter Domstolens opfattelse kan de »moralske, religiøse og kulturelle særegenheder samt de moralsk og økonomisk skadelige konsekvenser for den enkelte og for samfundet, der knytter sig til spil og væddemål, […] i denne sammenhæng begrunde, at de nationale myndigheder tildeles et skøn, der omfatter fastsættelsen af de fornødne forskrifter til beskyttelse af forbrugerne og samfundsordenen«, såfremt de trufne foranstaltninger er forholdsmæssige [69].

92. Efter min opfattelse er det af hensyn til en sammenhængende retspraksis nødvendigt også at anvende de ovennævnte principper ved fortolkningen af direktivets artikel 5, stk. 2, litra a), navnlig kriteriet »hæderlig markedspraksis«, og give medlemsstaterne — inden for de i fællesskabsretten fastsatte grænser — et tilstrækkeligt skøn ved vedtagelsen af foranstaltninger til begrænsning af risiciene for ludomani.

93. De generelle betænkeligheder, som den tyske regering har givet udtryk for med hensyn til en handelspraksis, der benytter sig af hasardspils tillokkende virkning, kan henføres til denne kategori af moralske forbehold. Som den tyske regering med rette har bemærket, kan anvendelsen af salgsfremmende spil i

67 — I sit forslag til afgørelse af 14.10.2008 i sag C-42/07, Liga Portuguesa de Futebol Profissional, punkt 28-33, henviser generaladvokat Bot til de risici, som hasardspil og pengespil medfører for samfundet. Ifølge egne oplysninger kan de føre spillerne til at bringe deres økonomiske og familiemæssige situation, endog deres sundhed, i fare. For det andet kan hasardspil og pengespil på grund af de meget væsentlige beløb, de genererer, være udsat for manipulation fra organisatorens side, som kan ønske at gøre dette, for at lodtrækningen eller sportskampen får det for ham gunstigste resultat. Endelig kan hasardspil og pengespil udgøre et middel til »hvidvaskning« af penge, der er opnået ved ulovlige formål.

68 — Jf. dom af 24.3.1994, sag C-275/92, Schindler, Sml. I, s. 1039, præmis 57-60, af 21.9.1999, sag C-124/97, Läärä m.fl., Sml. I, s. 6067, præmis 32 og 33, af 21.10.1999, sag C-67/98, Zenatti, Sml. I, s. 7289, præmis 30 og 31, af 6.11.2003, sag C-243/01, Gambelli, Sml. I, s. 12971, præmis 60-67, og af 6.3.2007, forenede sager C-338/04, C-359/04 og C-360/04, Placanica m.fl., Sml. I, s. 1891, præmis 45-49. Jf. endvidere EFTA-Domstolens dom af 14.3.2007, sag E-1/06, EFTA-Tilsynsmyndigheden mod Norge, EFTA Court Report 2007, præmis 34, og af 30.5.2007, sag E-3/06, Ladbrokes Ltd. mod den norske regering, kultur- og kirkeministeriet og landbrugs- og fødevareministeriet, EFTA Court Report 2007, præmis 44.

69 — Jf. Schindler-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 69, præmis 61, dommen i sagen Läärä m.fl., nævnt ovenfor i fodnote 69, præmis 35, Zenatti-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 69, præmis 33, Gambelli-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 69, præmis 63, og dommen i sagen Placanica m.fl., nævnt ovenfor i fodnote 69, præmis 47. Jf. endvidere EFTA-Domstolens dom af 14.3.2007, sag E-1/06, EFTA-Tilsynsmyndigheden mod Norge, EFTA Court Report 2007, præmis 29, og af 30.5.2007, sag E-3/06, Ladbrokes Ltd. mod den norske regering, kultur- og kirkeministeriet og landbrugs- og fødevareministeriet, EFTA Court Report 2007, præmis 42.

reklamebranchen absolut vække den menneskelige spillelidenskab. Sådanne spil udøver ikke mindst på grund af udsigten til under visse omstændigheder meget høje gevinster en vis tiltrækningskraft på mennesket. Anvendelsen heraf kan fange potentielle kunders opmærksomhed og i forbindelse med den valgte reklamestrategi styre dem mod visse mål. Det fremførte argument om, at en sådan handelspraksis indeholder manipulatoriske elementer og derved under visse omstændigheder kan udgøre en tilsidesættelse af den erhvervsmæssige diligenspligt, kan derfor generelt set ikke afvises.

94. En handelspraksis, hvorved forbrugeres deltagelse i en salgsfremmende konkurrence eller et salgsfremmende spil gøres betinget af erhvervelse af en vare eller modtagelse af en tjenesteydelse, kan derfor under visse omstændigheder være i strid med kravet om erhvervsmæssig diligenspligt i henhold til direktivets artikel 5, stk. 2, litra a).

Spørgsmålet, om adfærden hos gennemsnitsforbrugeren kan forvrides væsentligt

95. Ved »væsentlig forvridning af forbrugernes økonomiske adfærd« som omhandlet i artikel 5, stk. 2, litra b), forstås i henhold til den i artikel 2, litra e), indeholdte retlige definition »anvendelse af en handelspraksis, som mærkbart indskrænker forbrugerens evne til at træffe en informeret beslutning, hvorved forbrugeren træffer en transaktionsbeslutning, som han ellers ikke ville have truffet«. Denne bestemmelse tager sigte på at beskytte forbrugerens beslutningsfrihed [70].

96. Sammenknytningen af salgsfremmende konkurrencer og spil med handelstransaktioner kan i betragtning af de allerede beskrevne risici [71] og på grundlag af en rimelig skønsbeføjelse for medlemsstaterne principielt forventes væsentligt at forvride købsadfærden hos forbrugeren. Det kan, som den tyske regering med rette har anført [72], ikke udelukkes, at udsigten til gratis deltagelse i det salgsfremmende spil kan foranledige forbrugeren til at købe for højere beløb end planlagt for at få mulighed for at deltage i det salgsfremmende spil. Den kan ligeledes principielt påvirke forbrugeren på en sådan måde, at denne foretager yderligere indkøb hos den erhvervsdrivende, der reklamerer på denne måde, for fortsat at deltage i det salgsfremmende spil.

97. Ud fra en generel synsvinkel vil betingelsen i direktivets artikel 5, stk. 2, litra b), for så vidt principielt være opfyldt.

70 — Men ikke forbrugerens økonomiske interesse. Ifølge G. Abbamonte, a.st. (fodnote 44), s. 23, tager denne bestemmelse udgangspunkt i den generelle antagelse, at urimelig handelspraksis normalt forvrider forbrugernes præferencer ved at påvirke beslutningsfrihed og -evne. Forbrugerne køber derfor varer, som de ikke har brug for, eller som de i modsat fald — uden påvirkningen — havde tillagt ringere værdi. Artikel 5, stk. 2, litra b), i direktiv 2005/29 forudsætter imidlertid ingen økonomisk skade for forbrugeren. Et sådant krav ville efter forfatterens mening være urimeligt, da det i vidt omfang ville sænke forbrugerbeskyttelsesniveauet inden for Den Europæiske Union.

71 — Jf. punkt 93 i dette forslag til afgørelse.

72 — Jf. punkt 23 i den tyske regerings skriftlige indlæg.

Nødvendighed af en omfattende vurdering af den enkelte sags omstændigheder

98. Det er imidlertid tvivlsomt, om denne generelle synsvinkel faktisk er i overensstemmelse med hensigten og formålet med direktivet samt fællesskabslovgivers ønske. Som jeg allerede har anført i mit forslag til afgørelse i de forenede sager C-261/07 (VTB-VAB) og C-299/07 (Galatea) [73], kan spørgsmålet, om forbud mod tilgift må betragtes som urimelige, fordi de opfylder betingelserne i direktivets artikel 5, stk. 2, i direktiv 2005/29, nemlig ikke besvares generelt, da det i denne henseende er nødvendigt at vurdere den konkrete handelspraksis i det enkelte tilfælde.

99. Dette fremgår klart af syvende betragtning til direktivet, hvorefter der skal tages fuld højde for den enkelte sags omstændigheder i forbindelse med anvendelsen af direktivet, navnlig de generelle bestemmelser heri. Ordet »navnlig« viser også, at vurderingen af det enkelte tilfælde ikke er begrænset til anvendelsen af den generelle bestemmelse i artikel 5, stk. 1, men ligeledes omfatter anvendelsen af bestemmelserne i direktivets artikel 5-9, som konkretiserer denne. Det fremgår af betragtning 17 til direktivet, at fællesskabslovgiver også har antaget, at det er nødvendigt at vurdere hvert enkelt tilfælde i forhold til bestemmelserne i direktivets artikel 5-9 i tilfælde af, at en handelspraksis ikke falder ind under de former for handelspraksis, der er anført i bilag I. Dette følger modsætningsvis af tredje punktum i betragtning 17, hvori det nemlig hedder, at de i bilag I anførte former for handelspraksis er de eneste, der kan anses for urimelige, »uden først i hvert enkelt tilfælde at være blevet vurderet i forhold til bestemmelserne i artikel 5-9«.

100. Det principielle forbud mod tilgift i UWG's § 4, nr. 6, i den ovenfor beskrevne fortolkning medfører i praksis, at den fortegnelse over former for forbudt handelspraksis, der er indeholdt i bilag I, udvides, hvilket medlemsstaterne imidlertid netop er afskåret fra at gøre i betragtning af den med direktiv 2005/29 forbundne fuldstændige og maksimale harmonisering [74]. Medlemsstaterne må heller ikke foretage ensidige udvidelser af denne fortegnelse, da den i henhold til artikel 5, stk. 5, kun må ændres ved en revision af direktivet, dvs. efter proceduren i artikel 251 EF.

73 — Nævnt ovenfor i fodnote 8, punkt 83.

74 — G. Abbamonte, a.st. (fodnote 44), s. 21, har anført, at medlemsstaterne ikke selv må udvide den udtømmende fortegnelse over former for forbudt handelspraksis, der er indeholdt i bilag I til direktiv 2005/29. Hvis de havde adgang hertil, ville dette resultere i en omgåelse af den med direktivet tilsigtede maksimale harmonisering, hvilket ville hindre formålet om retssikkerhed. Ifølge D. Seichter, a.st. (fodnote 33), s. 1095, skal det forbud mod tilgift, der er reguleret i UWG's § 4, nr. 6, ophæves, da det går videre end de tilfælde, der er reguleret i bilag I.

101. Fællesskabslovgiver har overdraget opgaven med på grundlag af konkrete omstændigheder at vurdere, om en handelspraksis er rimelig, navnlig med hensyn til dens virkning på den økonomiske adfærd hos gennemsnitsforbrugeren, til de nationale domstole eller myndigheder. I betragtning 18 til direktivet henvises udtrykkeligt hertil [75]. I henhold til artikel 11 og 12 påhviler det disse inden for rammerne af de sanktionsordninger, der skal indføres på nationalt plan, at sikre, at direktivets bestemmelser overholdes [76]. Når den tyske lovgiver imidlertid fastsætter principielle forbud, som går videre end den i bilag I til direktivet indeholdte fortegnelse, og ikke giver den lovfortolkende og -udøvende statsmagts organer, som direktiv 2005/29 for så vidt på samme måde er rettet til, skønsmæssige beføjelser, er dette til hinder for at nå målet om en effektiv gennemførelse af dette direktiv på nationalt plan [77].

102. En omfattende vurdering af den enkelte sags omstændigheder ved anvendelsen af direktivets artikel 5, stk. 2, er så meget desto mere nødvendig, som det ikke kan antages, at enhver sammenknytning af varesalget med et salgsfremmende spil principielt og *per se* vil have den manipulatoriske virkning, som den tyske regering har anført. Kriteriet om »væsentlighed« i artikel 5, stk. 2, litra b),

75 — Således også U. Bernitz, »The Unfair Commercial Practices Directive: Scope, Ambitions and Relation to the Law of Unfair Competition«, *The Regulation of Unfair Commercial Practices under EC Directive 2005/29 — New Rules and New Techniques*, Norfolk, 2007, s. 39, som ligeledes har påberåbt sig betragtning 18 til direktivet. Heri hedder det: »Nationale domstole og myndigheder skal selv, under hensyn til Domstolens retspraksis, foretage en vurdering med henblik på at bestemme gennemsnitsforbrugerens typiske reaktion i et givet tilfælde.« Endvidere tales der i betragtning 20 om iværksættelse af administrative eller retlige foranstaltninger.

76 — I Fællesskabets medlemsstater findes der — som følge af historiske udviklinger og forskellige strukturer i retsordenerne — forskellige sanktionsordninger i forbindelse med lovgivningen om rimelig handelspraksis. Fællesskabsretten har hidtil kun punktvis samordnet medlemsstaternes sanktions- og procedureregler og foreskriver ingen bestemt ordning til bekæmpelse af urimelig handelspraksis. Denne fællesskabsretlige accept af forskellige nationale håndhævelsesordninger ændres ikke som følge af direktiv 2005/29. Det påhviler fortsat de nationale lovgivere at afgøre, om bekæmpelsen af urimelig handelspraksis skal ske ad administrativ, strafferetlig eller civilretlig vej, som det bekræftes i direktivets artikel 11, stk. 1, tredje afsnit. I den forbindelse er det muligt at kombinere forskellige sanktionsordninger. De har ligeledes beføjelse til at fastsætte, om der skal finde en retlig og/eller en administrativ procedure sted (jf. i den henseende C. Alexander, »Die Sanktions- und Verfahrensvorschriften der Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken im Binnenmarkt — Umsetzungsbedarf in Deutschland?«, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht*, 2005, hæfte 10, s. 810, og J. Massaguer, a.st. (fodnote 10), s. 144).

77 — J. Stuyck, a.st. (fodnote 36), s. 170, henviser til, at direktiv 2005/29 kræver en konkret vurdering af, om en handelspraksis er urimelig. Han er derfor af den opfattelse, at en national bestemmelse, som pålægger eller på abstrakt vis regulerer et principielt forbud mod visse former for salgsfremme, f.eks. salg med tab, gevinsttilbud, kuponer, ophørsudsalg osv., uden at give domstolen beføjelse til i hvert enkelt tilfælde at vurdere, om den pågældende handelspraksis skal betragtes som urimelig over for forbrugerne, ikke længere kan opretholdes i lyset af direktiv 2005/29.

forudsætter pr. definition en undersøgelse af det enkelte tilfælde [78]. Man kan imidlertid forestille sig tilfælde, hvor tilskyndelsen til at deltage i en salgsfremmende konkurrence eller et salgsfremmende spil ikke eller kun uvæsentligt vil forvride købsadfærden hos forbrugeren.

103. Med hensyn til hovedsagen kan det — uden at ville foregribe en vurdering fra de nationale domstole, som det påhviler at anvende fællesskabsretten i hovedsagen [79] — således hævdes, at udsigten til at spille lotto næppe altid kan få en gennemsnitsforbruger til at foretage indkøb for 100 EUR, især da for det første dette beløb er forholdsvis højt, og adgangen til at spille for det andet i sidste instans er åben for enhver. I den henseende er jeg enig med den spanske regering i, at en gennemsnitsforbruger, som ønsker at spille lotto, normalt ikke vil vente, indtil han har købt for 100 EUR, for at få adgang til at spille [80]. Gennemsnitsforbrugeren vil således i det omtvistede tilfælde absolut kunne indse, at fordelen er begrænset til en gratis deltagelse i lotto, og at dette kræver, at han køber varer for mindst 100 EUR. På denne baggrund kan han frit bestemme, om han deltager i kampagnen eller dækker sit behov hos en konkurrent [81].

104. Sammenfattende må det fastslås, at en national bestemmelse som UWG's § 4, nr. 6, i den ovenfor beskrevne fortolkning, hvorved der indføres et principielt forbud mod tilgift uden at give mulighed for at tage hensyn til omstændighederne i det konkrete tilfælde, ifølge sin natur er mere restriktiv og præskriptiv end bestemmelserne i direktiv 2005/29.

105. I denne forbindelse må det fastholdes, at UWG's § 4, nr. 6, vedrører et område, som er omfattet af en fuldstændig harmonisering, og

78 — I denne retning A. Bloß, »Zum Kopplungsverbot für Preisausschreiben und Gewinnspielen«, *Zeitschrift für Medien- und Kommunikationsrecht*, hæfte 5, 2008, s. 487. Efter forfatterens opfattelse skal der i henhold til direktivet navnlig foretages en undersøgelse af det enkelte tilfælde på grundlag af et væsentlighedskriterium. Havde fællesskabslovgiver ønsket at indføre et forbud mod sammenknytning af salgsfremmende spil med køb, havde det været nærliggende udtrykkeligt også at opføre disse i bilag I til direktivet. Forfatteren er af den opfattelse, at en sammenknytning af salgsfremmende spil med køb ikke principielt og *per se* kan forventes væsentligt at forvride købsadfærden hos forbrugeren. UWG's § 4, nr. 6, giver imidlertid ikke mulighed for en vurdering af det enkelte tilfælde, hvilket direktivets betingelser om urimelighed imidlertid gør. I den henseende er det usandsynligt, at det generelle forbud mod tilgift i UWG's § 4, nr. 6, kan opretholdes. Ifølge S. Leible, »BGH: Vereinbarkeit des deutschen Gewinnspiel-Kopplungsverbots mit der EG-Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken«, *Lindenmaier-Möhring Kommentierte BGH-Rechtsprechung*, 2008, 269 263, havde det, såfremt fællesskabslovgiver havde haft til hensigt at fastsætte et »per se-forbud« for sammenknyttede salgsfremmende konkurrencer og spil, uanset om sammenknytningen medfører en usaglig påvirkning af forbrugeren, været nærliggende at opføre salgsfremmende konkurrencer og spil, der er knyttet til en handelstransaktion, i bilag I til direktiv 2005/29 som en handelspraksis, der under alle omstændigheder anses for urimelig.

79 — Ifølge P. Craig og G. De Búrca, *EU Law*, 4. oplag, Oxford 2008, s. 492, giver artikel 234 EF ganske vist Domstolen kompetence til at fortolke traktaten, men ikke udtrykkeligt til at anvende denne på hovedsagen. Afgrænsningen mellem fortolkning og anvendelse kendetegner kompetencefordelingen mellem Domstolen og de nationale domstole. I henhold hertil fortolker Domstolen traktaten, og de nationale domstole anvender denne fortolkning på det konkrete tilfælde.

80 — Jf. punkt 10 i den spanske regerings skriftlige indlæg.

81 — I denne retning også D. Seichter, »EuGH-Vorlage zum Kopplungsverbot (»Millionen-Chance«)«, *juris PraxisReport Wettbewerbs- und Immaterialgüterrecht*, 8/2008, anmærkning 2.

hvor overgangsbestemmelserne i direktivets artikel 3, stk. 5, ikke gælder. Undtagelsesbestemmelsen i direktivets artikel 3, stk. 9, finder heller ikke anvendelse.

Tilbagetrækning af Kommissionens forslag til en forordning om salgsfremmende foranstaltninger i det indre marked

106. Der rejser sig det spørgsmål, hvilke følger tilbagetrækningen af Kommissionens forslag til en forordning om salgsfremmende foranstaltninger i det indre marked [82] har for denne fortolkning. Den tyske regering har i det væsentlige påberåbt sig de enkelte ændringer, der blev foretaget af dette kommissionsforslag inden for rammerne af lovgivningsproceduren [83], og som efter dens opfattelse gør det muligt at konkludere, at der er bred enighed blandt medlemsstaterne og i Europa-Parlamentet om nødvendigheden af et principielt forbud mod tilgift [84].

107. Ifølge den tyske regering havde den tyske lovgiver ved vedtagelsen af UWG, der trådte i kraft den 8. juli 2004, taget udgangspunkt i det ændrede kommissionsforslag og medtaget Europa-Parlamentets argumentation i begrundelsen til UWG's § 4, nr. 6. I henhold hertil begrundes konkurrencebegrænsningen med, at foranstaltningen har til formål at udnytte spillelidenskaben og herved forringe forbrugerens dømmekraft.

108. I modsætning til den tyske regerings opfattelse er det imidlertid hverken på grundlag af Kommissionens forslag til en forordning om salgsfremmende foranstaltninger i det indre marked eller de ændringsforslag, der er forelagt inden for rammerne af lovgivningsproceduren, muligt at drage konklusioner med henblik på en fortolkning af direktiv 2005/29, da regeringen nemlig i den forbindelse har påberåbt sig et forslag vedrørende en fællesskabsbestemmelse, som i sidste instans aldrig er trådt i kraft. Den kan derfor ikke med føje påberåbe sig beskyttelse af en berettiget forventning [85]. Som regeringen selv har anført, forløb lovgivningsprocedurerne i forbindelse med forordningen og direktiv 2005/29 til dels samtidig. I sin egenskab af forfatningsmæssig repræsentant for en medlemsstat, der er repræsenteret i Rådet, deltog den tyske regering til fulde i begge lovgivningsprocedurer og var derfor til stadighed informeret om deres forløb [86]. Den

82 — Kommissionens forslag til Europa-Parlamentets og Rådets forordning om salgsfremmende foranstaltninger i det indre marked af 15.1.2002, KOM(2001) 546 endelig.

83 — Kommissionens ændrede forslag til Europa-Parlamentets og Rådets forordning om salgsfremmende foranstaltninger i det indre marked af 25.10.2002, KOM(2002) 585 endelig.

84 — Jf. punkt 18-21 i den tyske regerings skriftlige indlæg.

85 — Jf. mine bemærkninger i forbindelse med til dels lignende argumenter fra den belgiske og den franske regering i mit forslag til afgørelse i sagen VTB-VAB og Galatea, nævnt ovenfor i fodnote 8, punkt 91.

86 — Det fremgår af lovforslaget fra den tyske regering (BT-Drucksache 15/1487, s. 12), at den havde kendskab til, at der på daværende tidspunkt i Det Europæiske Fællesskabs organer blev behandlet to forslag vedrørende lovgivning om rimelig handelspraksis. Der var i den forbindelse for det første tale om det efter høring af Europa-Parlamentet ændrede forslag til forordning om salgsfremmende foranstaltninger i det indre marked, som ifølge egne oplysninger »forkastes af forbundsregeringen og ligeledes de fleste andre medlemsstater«. For det andet har forbundsregeringen henvist til et forslag til et rammedirektiv, som ifølge egne oplysninger »i højere grad svarer til forbundsregeringens forestillinger«.

kan derfor ikke gyldigt påberåbe sig manglende kendskab til forløbet af de to lovgivningsprocedurer [87].

109. Domstolen har understreget det særlige ansvar, som påhviler medlemsstatsregeringerne, der er repræsenteret i Rådet, ved gennemførelsen af direktiver. Af den omstændighed, at disse deltager i det forberedende arbejde med udformningen af direktiverne, har Domstolen således sluttet, at de må være i stand til at udfærdige de lovbestemmelser, der er nødvendige til gennemførelsen inden for den fastsatte frist [88].

110. Senest på tidspunktet for tilbagetrækningen af Kommissionens forslag [89] skulle den tyske regering derfor i givet fald have undersøgt, om det materielle anvendelsesområde for direktiv 2005/29 ville omfatte områder, der hidtil var dækket af den påtænkte forordning. En sådan fremgangsmåde var klart nødvendig, især da direktivet ifølge sit oprindelige koncept havde til formål for det første at indføre generelle, subsidiære bestemmelser inden for rammerne af Fællesskabets forbrugerbeskyttelseslovgivning og for det andet at opnå en fuldstændig harmonisering af medlemsstaternes bestemmelser om urimelig handelspraksis [90]. På baggrund af, at tilbagetrækningen skete på et tidspunkt, hvor fristen for gennemførelse af direktivet stadig løb, påhvilede det den tyske lovgiver at tage hensyn hertil ved tilpasningen af den nationale lovgivning.

111. Dette argument må derfor forkastes.

4. Konklusioner

112. På baggrund af ovenstående betragtninger når jeg til den konklusion, at en fortolkning af UWG's § 3 og § 4, nr. 6, som den, der forfægtes af de øverste tyske domstole, som af disse nationale bestemmelser udleder et principielt forbud mod tilgift i forbindelse med salgsfremmende konkurrencer og spil [91], ikke er en overensstemmende fortolkning.

113. Det følger heraf, at direktivets artikel 5, stk. 2, skal fortolkes således, at bestemmelsen er til hinder for nationale bestemmelser,

87 — Jf. mit forslag til afgørelse af 13.9.2007 i sag C-319/06, Kommissionen mod Luxembourg, dom af 19.6.2008, Sml. I, s. 4323, punkt 45, hvori jeg gav udtryk for den opfattelse, at en regering i sin egenskab af forfatningsmæssig repræsentant for en medlemsstat, der er repræsenteret i Rådet, må se sig konfronteret med, at den har kendskab til de fortolkende erklæringer, der afgives af dette organ under lovgivningsproceduren.

88 — Dom af 1.3.1983, sag 301/81, Kommissionen mod Belgien, Sml. s. 467, præmis 11, og af 23.11.2000, sag C-319/99, Kommissionen mod Frankrig, Sml. I, s. 10439, præmis 10.

89 — Kommissionens beslutning om at trække forslaget til forordning tilbage blev offentliggjort i EUT 2006 C 64, s. 3. Kommissionen havde imidlertid allerede bebudet denne beslutning i sin meddelelse »Resultat af screeningen af verserende lovforslag«, KOM(2005) 462 endelig, s. 10, af 27.9.2005.

90 — Således også J. Stuyck, a.st. (fodnote 36), s. 161, der har givet udtryk for den formodning, at flere medlemsstater tydeligvis ikke var klar over, at de bestemmelser i det tilbagetrukne forordningsforslag, som vedrørte forholdet mellem den erhvervsdrivende og forbrugeren, i sidste ende alligevel indgik i direktiv 2005/29 (i betragtning af målsætningen om en fuldstændig harmonisering).

91 — Jf. punkt 81-83 i dette forslag til afgørelse.

hvorefter en handelspraksis, hvorved forbrugeres deltagelse i en salgsfremmende konkurrence eller et salgsfremmende spil gøres betinget af erhvervelse af en vare eller modtagelse af en tjenesteydelse, som udgangspunkt er ulovlig, uafhængigt af, om reklameforanstaltningen i det konkrete tilfælde skader forbrugerinteresser.

VII — Forslag til afgørelse

114. På baggrund af ovenstående betragtninger foreslår jeg Domstolen at besvare de præjudicielle spørgsmål fra Bundesgerichtshof på følgende måde:

»Artikel 5, stk. 2, i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2005/29/EF af 11. maj 2005 om virksomheders urimelige handelspraksis over for forbrugerne på det indre marked og om ændring af Rådets direktiv 84/450/EØF og Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 97/7/EF, 98/27/EF og 2002/65/EF samt Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EF) nr. 2006/2004 (direktivet om urimelig handelspraksis) skal fortolkes således, at bestemmelsen er til hinder for nationale forskrifter, hvorefter en handelspraksis, hvorved forbrugeres deltagelse i en salgsfremmende konkurrence eller et salgsfremmende spil gøres betinget af erhvervelse af en vare eller modtagelse af en tjenesteydelse, som udgangspunkt er ulovlig, uafhængigt af om reklameforanstaltningen i det konkrete tilfælde skader forbrugerinteresser.«