FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT V. TRSTENJAK fremsat den 24. marts 2010[1]

Indhold

I — Indledning ..... I - 10913

II — Retsforskrifter ..... I - 10914

A — Fællesskabsretten ..... I - 10914

B — National ret ..... I - 10916

III — De faktiske omstændigheder, retsforhandlingerne i hovedsagen og de præjudicielle spørgsmål ..... I - 10917

IV — Retsforhandlingerne ved Domstolen ..... I - 10918

V — Parternes væsentligste argumenter ..... I - 10919

A — Det første præjudicielle spørgsmål ..... I - 10919

B — Det andet præjudicielle spørgsmål ..... I - 10921

VI — Retlig vurdering ..... I - 10922

A — Indledende bemærkninger ..... I - 10922

B — Det første præjudicielle spørgsmål ..... I - 10923

1. Begrebet »handelspraksis« i artikel 2, litra d), i direktiv 2005/29 ..... I - 10924

2. Personelt anvendelsesområde for direktiv 2005/29 ..... I - 10924

a) Det område, der er omfattet af direktiv 2005/29 ..... I - 10925

1 — Originalsprog: tysk.

b) Beskyttelsesformålet med forbuddet i UWG's § 9a, stk. 1, nr. 1) ..... I - 10928

i) Den forskellige vægtning af beskyttelseshensynene ..... I - 10928

ii) Undersøgelse af de relevante nationale bestemmelser og retsafgørelser ..... I - 10930

c) Konklusion ..... I - 10932

3. Undersøgelse af de to regelsæts struktur ..... I - 10932

a) Bestemmelserne i direktiv 2005/29 ..... I - 10932

i) Fuldstændig og maksimal tilnærmelse af de nationale bestemmelser som reguleringsformål ..... I - 10933

ii) Den normative struktur af direktiv 2005/29 ..... I - 10934

b) Bestemmelserne i UWG ..... I - 10935

i) Beskrivelse af den normative struktur af forbuddet i UWG's § 9a, stk. 1, nr. 1) ..... I - 10936

4. Den omtvistede lovgivnings forenelighed med direktiv 2005/29 ..... I - 10937

a) Den skrevne nationale ret ..... I - 10937

i) Lovgivningens omvendte systematik ..... I - 10937

ii) Spørgsmålet, om undtagelsesbestemmelserne i UWG's § 9a, stk. 2, er tilstrækkelige ..... I - 10938

iii) Foreløbig konklusion ..... I - 10939

b) Muligheden for en direktivkonform fortolkning ..... I - 10940

i) Undersøgelse på grundlag af direktivbestemmelserne ..... I - 10941

— Artikel 5, stk. 4 og 5, i direktiv 2005/29 ..... I - 10941

— Artikel 5, stk. 2, i direktiv 2005/29 ..... I - 10943

c) Konklusion ..... I - 10950

5. Konklusioner ..... I - 10953

C — Det andet præjudicielle spørgsmål ..... I - 10954

VII — Forslag til afgørelse ..... I - 10956

I — Indledning

1. Oberster Gerichtshof Österreichs (herefter »den forelæggende ret«) har i denne præjudicielle sag, der er indledt i henhold til artikel 234 EF [2], forelagt Domstolen to præjudicielle spørgsmål om fortolkningen af direktiv 2005/29/EF om virksomheders urimelige handelspraksis på det indre marked [3] (herefter »direktiv 2005/29«). Sagen drejer sig i det væsentlige om, hvorvidt en national lovgivning, hvorefter det er ulovligt at annoncere, tilbyde eller yde vederlagsfri tilgift til periodiske tryksager og at annoncere vederlagsfri tilgift til andre varer eller tjenesteydelser, uden at det fra sag til sag skal efterprøves, om denne handelspraksis har vildledende karakter, er forenelig med fællesskabsretten.

2 — Ifølge Lissabontraktaten af 13.12.2007 om ændring af traktaten om Den Europæiske Union og traktaten om oprettelse af Det Europæiske Fællesskab (EUT C 306, s. 1) reguleres præjudicielle sager fremover ved artikel 267 i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde.

3 — 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).

2. Anmodningen om præjudiciel afgørelse vedrører en begæring om foreløbige retsmidler, hvormed Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG (herefter »sagsøgeren i hovedsagen«) har krævet, at »Österreich«-Zeitungsverlag GmbH (herefter »sagsøgte i hovedsagen«) ophører med at anvende en konkurrencebegrænsende tilgift i form af en præmiekonkurrence, der principielt er i strid med national ret.

3. Den foreliggende sag er efter de forenede sager C-261/07 (VTB-VAB) og C-299/07 (Galatea)[4] samt sag C-304/08 (Plus)[5] den tredje i en række af forelæggelser, hvormed nationale retter har anmodet Domstolen om at tage stilling til, om nationale forbud mod tilgift er forenelige med direktiv 2005/29. Et af de vigtigste punkter, hvorpå den foreliggende sag adskiller sig fra de øvrige sager, og som derfor skal efterprøves grundigt, er, om en sådan vurdering af foreneligheden også er mulig, når det formodede mål med den omhandlede nationale lovgivning er at beskytte både mediemangfoldigheden og konkurrenterne.

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

5 — Dom af 14.1.2010, sag C-304/08, Plus, Sml. I, s. 217.

II — Retsforskrifter

A — *Fællesskabsretten*

4. Artikel 1 i direktiv 2005/29 har følgende ordlyd:

»Formålet med dette direktiv er at bidrage til et velfungerende indre marked og opnå et højt forbrugerbeskyttelsesniveau gennem tilnærmelse af medlemsstaternes love og administrative bestemmelser om urimelig handelspraksis, der skader forbrugernes økonomiske interesser.«

5. Artikel 2 i direktiv 2005/29 bestemmer:

»I dette direktiv forstås ved:

[…]

d) »virksomheders handelspraksis over for forbrugerne« (i det følgende også benævnt »handelspraksis«): en handling, udeladelse, 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

[…]«

6. Direktivets artikel 3, stk. 1, udtaler:

»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.«

7. 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.«

8. Direktivets artikel 5, der har overskriften »Forbud mod urimelig handelspraksis«, bestemmer:

»1. Urimelig handelspraksis forbydes.

2. En handelspraksis er urimelig, hvis:

a) den er i modstrid med kravet om erhvervsmæssig diligenspligt

og

b) 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.«

9. Annoncering af, tilbud om eller ydelse af vederlagsfri tilgift til periodiske tryksager er ikke nævnt i direktivets bilag I som en handelspraksis, der under alle omstændigheder vil være urimelig.

B — *National ret*

10. § 9a, stk. 1, i Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb 1984 — UWG (den østrigske lov om bekæmpelse af illoyal konkurrence, herefter »UWG«)[6] lyder som følger:

»Den, der i erhvervsmæssigt konkurrenceøjemed

1. i offentlige bekendtgørelser eller andre meddelelser, som er bestemt for en større personkreds, annoncerer, at han i tillæg til varer eller tjenesteydelser yder forbrugerne vederlagsfri tilgift (præmie), eller i tillæg til periodiske tryksager tilbyder eller yder forbrugerne eller annoncerer med vederlagsfri tilgift (præmie), eller

6 — BGBl. s. 448, ændret ved lov af 13.11.2007, BGBl. 2007 I, s. 79.

2. i tillæg til varer eller tjenesteydelser tilbyder eller yder erhvervsdrivende eller annoncerer med vederlagsfri tilgift (præmie),

kan pålægges at bringe sin adfærd til ophør og svare erstatning. Dette gælder også, når tilgiftens vederlagsfritagelse sløres i form af en samlet pris for varer eller tjenesteydelser eller i form af en proformapris for en tilgift eller sløres på anden måde.«

III — De faktiske omstændigheder, retsforhandlingerne i hovedsagen og de præjudicielle spørgsmål

11. Den forelæggende ret har oplyst, at den skal træffe afgørelse i en tvist, der er opstået mellem to konkurrenter på det østrigske dagbladsmarked i forbindelse med, at sagsøgte i hovedsagen annoncerede med »årets fodboldspiller« i sin avis. Artiklens indledning med fede typer lød som følger: »Det betaler sig at være med: Vind en middag med sejrherren i det store fodboldspillervalg.« Til venstre for artiklen var der en »valg-kupon« med påskriften »klip ud og indsend«. Til højre blev der henvist til muligheden for at vælge over internettet. Tilsvarende artikler blev trykt de følgende ni dage.

12. Førsteinstansretten fastslog efter sagsøgerens begæring, at annonceringen var en ulovlig tilgift som omhandlet i UWG's § 9a, stk. 1, nr. 1), og traf en foreløbig foranstaltning, hvorved sagsøgte i hovedsagen blev pålagt at ophøre med denne annoncering. Ankeinstansen fastslog imidlertid, at annonceringen ikke påvirkede markedet i noget relevant omfang, hvorefter sagsøgeren indbragte sagen for den forelæggende ret med påstand om stadfæstelse af den foreløbige foranstaltning, som førsteinstansretten har anordnet. Ifølge den forelæggende rets foreløbige vurdering ville sagsøgeren under anvendelse af UWG's § 9a, stk. 1, nr. 1), skulle gives medhold i sagen. Den forelæggende ret nærer imidlertid tvivl om, hvorvidt direktivet er til hinder for anvendelsen af UWG's § 9a, stk. 1, nr. 1), hvilket afhænger af, hvordan direktivets anvendelsesområde skal fortolkes.

13. Oberster Gerichtshof har derfor udsat sagen og forelagt Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»1) Er artikel 3, stk. 1, og artikel 5, stk. 5, i direktiv 2005/29/EF — eller andre bestemmelser i dette direktiv — til hinder for en national lovgivning, hvorefter det er ulovligt at annoncere, tilbyde eller yde

vederlagsfri tilgift til periodiske tryksager samt annoncere vederlagsfri tilgift til andre varer eller tjenesteydelser med undtagelse af tilfælde, der er opregnet udtømmende, uden at det fra sag til sag skal efterprøves, hvorvidt denne handelspraksis har en vildledende, aggressiv eller på anden måde urimelig karakter, også når denne lovgivning ikke kun tjener til beskyttelsen af forbrugere, men også tjener andre formål, som ikke er omfattet af direktivets anvendelsesområde såsom opretholdelsen af et alsidigt presseudbud og beskyttelsen af svagere medkonkurrenter?2) Hvis spørgsmål 1 besvares bekræftende:

2) Er den med købet af en avis forbundne mulighed for at deltage i en præmiekonkurrence en urimelig handelspraksis som omhandlet i artikel 5, stk. 2, i direktiv 2005/29/EF, alene fordi denne mulighed for deltagelse, i hvert fald for en del af den pågældende kundekreds, udgør om ikke den eneste så den udslagsgivende grund til at købe avisen?«

IV — Retsforhandlingerne ved Domstolen

14. Forelæggelsesafgørelsen af 18. november 2008 indgik til Domstolens Justitskontor den 4. december 2008.

15. Parterne i hovedsagen, den østrigske og belgiske regering samt Kommissionen har indgivet skriftlige indlæg inden for den frist, der er anført i artikel 23 i Domstolens statut.

16. Advokaterne for parterne i hovedsagen, den østrigske og tyske regerings repræsentanter samt Kommissionens repræsentant afgav mundtlige indlæg i retsmødet, der fandt sted den 19. januar 2010.

V — Parternes væsentligste argumenter

A — *Det første præjudicielle spørgsmål*

17. Den forelæggende ret ønsker med sit første spørgsmål i det væsentlige oplyst, om en national bestemmelse, som i princippet forbyder brug af tilgift ved salg af varer, er omfattet af direktiv 2005/29's anvendelsesområde, selv om denne bestemmelse ikke kun tjener til beskyttelsen af forbrugerne.

18. *Sagsøgeren i hovedsagen samt den østrigske og belgiske regering mener, at Domstolen bør besvare dette spørgsmål benægtende.*

19. De har herved gjort gældende, at der tidligere er fremsat et forslag til en forordning om salgsfremmende foranstaltninger, hvori man sondrede skarpt mellem den retlige behandling af disse salgsfremmende foranstaltninger og behandlingen af den urimelige handelspraksis, der nu er omfattet af direktiv 2005/29. Kommissionen trak imidlertid dette forslag tilbage i 2006, dvs. et år efter, at direktivet var blevet vedtaget. Det kan derfor ikke hævdes, at salgsfremmende foranstaltninger indirekte falder ind under direktivets anvendelsesområde. I betragtning af, at formålet med direktivet ifølge sjette betragtning er at beskytte forbrugernes økonomiske interesser direkte, kan det heller ikke anvendes på nationale lovgivninger som den, der er tale om i hovedsagen, og som primært forfølger andre mål, nemlig at beskytte konkurrenterne og opretholde et alsidigt medieudbud, og kun indirekte har til formål at beskytte forbrugerne.

20. Sagsøgeren i hovedsagen og den østrigske regering har for en sikkerheds skyld forklaret, at forbuddet i UWG's § 9a, stk. 1, nr. 1), mod, at der gøres brug af tilgift i forbindelse med et salg, under alle omstændigheder er foreneligt med direktivet.

21. I henhold til artikel 5, stk. 2, i direktiv 2005/29 kan medlemsstaterne således betragte en handelspraksis som urimelig og forbyde den, hvis den er i modstrid med kravet om erhvervsmæssig diligenspligt, og hvis den kan forventes væsentligt at forvride gennemsnitsforbrugerens økonomiske adfærd. Det omtvistede nationale forbud finder dog kun anvendelse i tilfælde af, at den nationale ret fastslår, at forbrugeren har købt tryksagen uden saglig grund og i forventning om at opnå yderligere fordele, og såfremt disse fordele ikke er omfattet af de undtagelser, der er

opregnet i UWG's § 9a, stk. 2. Det er i øvrigt de nationale retsinstanser, der skal tage stilling hertil fra sag til sag.

22. *Sagsøgeren i hovedsagen* finder, at den østrigske lovgivning adskiller sig væsentligt fra de lovgivninger, der var genstand for de forenede sager C-261/07 (VTB-VAB) og C-299/07 (Galatea) samt for sag C-304/08 (Plus), fordi disse indeholdt generelle forbud og derfor ikke tog hensyn til de særlige omstændigheder, som gjorde sig gældende i det konkrete tilfælde.

23. *Sagsøgte i hovedsagen* har derimod gjort gældende, at det ifølge sjette betragtning kun er nationale love, som »udelukkende« skader konkurrenternes økonomiske interesser eller vedrører transaktioner mellem erhvervsdrivende, der falder uden for direktiv 2005/29's anvendelsesområde. Det gælder dog tydeligvis ikke for den omtvistede lovgivning, eftersom det primære og direkte formål med UWG's § 9a, stk. 1, nr. 1), er at beskytte forbrugerne.

24. Sagsøgte i hovedsagen har videre anført, at forbuddet i denne bestemmelse ikke er foreneligt med den lovgivningsstrategi, der er anlagt i direktivet. Selv om salgsfremmende foranstaltninger i form af tilgift ikke er opført på fortegnelsen i bilag I til direktiv 2005/29 over de former for handelspraksis, som under alle omstændigheder vil blive betragtet som ulovlige, er de alligevel omfattet af det generelle forbud i østrigsk ret, hvilket Oberster Gerichtshof har fastslået i sin forelæggelsesafgørelse.

25. Den *tyske regering* påpegede under retsmødet med henvisning til sag C-304/08 (Plus), at den fuldstændige harmonisering, der tilsigtes med direktiv 2005/29, ikke påvirker medlemsstaternes råderum i forbindelse med gennemførelsen. Det gælder især for indarbejdelse af begreber, som skal defineres nærmere, i national ret, herunder de begreber, der indgår i de retlige definitioner i direktiv 2005/29. Den tyske regering er desuden af den opfattelse, at direktiv 2005/29 ikke er til hinder for en national lovgivning, når denne lovgivning forfølger et andet formål end direktivet.

26. Kommissionen har imidlertid givet udtryk for en anden retsopfattelse, idet den på den ene side har forklaret, at direktiv 2005/29 er til hinder for et generelt og abstrakt forbud som det, der er fastsat i den omtvistede bestemmelse, men på den anden side har konkluderet, at denne bestemmelse ikke er omfattet af direktivets anvendelsesområde, fordi det tjener andre formål, nemlig at opretholde

et alsidigt medieudbud samt i mindre omfang at beskytte forbrugerne og sikre god forretningsskik.

B — *Det andet præjudicielle spørgsmål*

27. Den forelæggende ret har i tilfælde af, at Domstolen skulle besvare det første præjudicielle spørgsmål bekræftende, spurgt, om det skal anses for en urimelig handelspraksis som omhandlet i artikel 5, stk. 2, i direktiv 2005/29, at der gøres brug af tilgift i forbindelse med et salg, alene fordi muligheden for at deltage i en konkurrence, i hvert fald for en del af den pågældende kundekreds, udgør om ikke den eneste så den udslagsgivende grund til at købe hovedvaren.

28. *Den østrigske og den belgiske regering har ikke taget stilling til det andet præjudicielle spørgsmål, fordi de mener, at det første præjudicielle spørgsmål bør besvares benægtende, men sagsøgeren i hovedsagen og Kommissionen har fremsat en række subsidiære bemærkninger hertil.*

29. *Sagsøgeren i hovedsagen har blot fastslået, at den omtvistede adfærd, som sagsøgte i hovedsagen har udvist, er en urimelig handelspraksis, uden at uddybe, hvorfor det er tilfældet.*

30. *Kommissionen mener ikke, at den omstændighed, at muligheden for at deltage i en præmiekonkurrence er den udslagsgivende grund til, at forbrugeren køber en tryksag, i sig selv giver anledning til at konkludere, at der er tale om en urimelig handelspraksis som omhandlet i direktiv 2005/29. Det er kun et af de kriterier, som den nationale ret kan tage hensyn til, når den behandler den enkelte sag.*

31. Sagsøgte i hovedsagen har understreget, at begrebet handelspraksis er knyttet til gennemsnitsforbrugeren, som i Domstolens praksis beskrives som en »almindeligt oplyst, rimeligt opmærksom og velunderrettet gennemsnitsforbruger«. En sådan forbruger er klar over, at formålet med reklame og salgsfremmende foranstaltninger i en fri markedsøkonomi er at tiltrække kunder, ikke bare ved at gøre opmærksom på produktets pris og kvalitet, men også ved at stille andre fordele i udsigt. Brugen af tilgift i forbindelse med salget kan derfor kun anses for en urimelig handelspraksis under særlige omstændigheder, hvor tilbuddet er udformet på en sådan måde, at det kan tilskynde forbrugeren til at købe hovedproduktet alene på grund af udsigten til at opnå en yderligere fordel og ikke ud fra saglige overvejelser.

VI — Retlig vurdering

A — *Indledende bemærkninger*

32. Den foreliggende sag er den tredje i en række af forelæggelser, hvor nationale retter har anmodet Domstolen om at afgøre, om nationale forbud mod tilgift stadig er forenelige med fællesskabsretten på dennes nuværende udviklingstrin. At der er tale om en vigtig problematik fremgår ikke mindst af den omstændighed, at formålet med direktiv 2005/29, som Europa-Parlamentet og Rådet vedtog den 11. maj 2005, er at fastlægge en ensartet lovgivningsmæssig ramme for reguleringen af urimelig handelspraksis i forhold til forbrugeren.

33. Set i forhold til den tilsigtede fuldstændige harmonisering af reglerne om virksomheders urimelige handelspraksis over for forbrugere [7] i Fællesskabets medlemsstater afhænger overensstemmelsen med fællesskabsretten ikke bare af de nye regler, som medlemsstaterne har vedtaget for at gennemføre direktivet, men også af de regler, der — som den omtvistede bestemmelse i UWG's § 9a, stk. 1 — ganske vist var trådt i kraft, inden direktivet blev vedtaget, men som også spiller en rolle for direktivets gennemførelse set fra den pågældende medlemsstats synsvinkel.

34. Når der er sket en fuldstændig harmonisering, har medlemsstaterne som regel begrænset handlefrihed hvad angår gennemførelsen af et direktiv, og retligt set er det derfor ikke altid helt ligetil at opretholde sådanne ældre bestemmelser. Selv om bestemmelserne ret beset falder ind under det pågældende direktivs anvendelsesområde, vil de ofte ikke opfylde de krav, der stilles i dette direktiv. Som det ses af de forenede sager VTB-VAB og Galatea samt af Plus-sagen, var det tilfældet i forbindelse med gennemførelsen af direktiv 2005/29 i Belgien [8] og Tyskland [9].

7 — Jf. VTB-VAB og Galatea-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 4, præmis 52, og Plus-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 5, præmis 41.
Hvis der foretages en mere vidtrækkende harmonisering af reglerne om god forretningsskik og af aftaleretten i Den Europæiske Union, er det også nødvendigt at tage behørigt hensyn til kravene i »Draft Common Frame of Reference« (DCFR), hvor der netop fokuseres på forbrugerbeskyttelsen, f.eks. ved at pålægge de erhvervsdrivende at forsyne forbrugeren med visse oplysninger om de vigtigste kendetegn ved de erhvervede varer og tjenesteydelser (jf. bl.a. punkt II.-3:102 i DCFR). Denne »gode handelspraksis« står i en vis forstand i modsætning til de »forbudte former for handelspraksis«, der er opregnet i bilag I til direktiv 2005/29.

8 — De omhandlede bestemmelser fandtes i artikel 54 ff. i loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur (den belgiske lov om markedsføring samt om oplysning og beskyttelse af forbrugerne) (*Moniteur belge* af 19.1.1994).

9 — Der var tale om § 3 og § 4, nr. 6), i den tyske Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) (BGBl. I, s. 1414), senest ændret ved § 1 i den første ændringslov af 22.12.2008 (BGBl. I, s. 2949).

35. Det fremgår af artikel 20 i direktiv 2005/29, at direktivet allerede trådte i kraft dagen efter offentliggørelsen i *Den Europæiske Unions Tidende*, dvs. den 12. juni 2005. Medlemsstaterne var i henhold til direktivets artikel 19, stk. 1, 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.

36. Republikken Østrig har formelt opfyldt denne gennemførelsesforpligtelse ved at vedtage en forbundslov om ændring af Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb 1984 — UWG (UWG-Novelle 2007), der trådte i kraft den 12. december 2007 [10]. Som jeg allerede har været inde på, er den omtvistede bestemmelse i UWG's § 9a, stk. 1, nr. 1), imidlertid ikke vedtaget for at gennemføre direktiv 2005/29, men baseret på tidligere national lovgivning [11]. Den forelæggende ret har i forelæggelsesafgørelsen givet udtryk for tvivl om, hvorvidt denne bestemmelse er forenelig med fællesskabsretten [12].

10 — BGBl. I, s. 79.

11 — Forbuddet mod tilgift i UWG's § 9a, som oprindeligt indgik i Prämiengesetz af 20.6.1929 (BGBl. s. 227) og senere i Zugabengesetz 1934, blev indarbejdet i UWG ved Wettbewerbs-Deregulierungsgesetz 1992 (lov om liberalisering af konkurrencen) (BGBl. s. 147). Jf. vedrørende denne bestemmelses tilblivelse D. Duursma i *UWG — Kommentar* (udgivet af Maximilian Gumpoldsberger/Peter Baumann), Wien, 2006, § 9a, afsnit 1, s. 276, og L. Wiltschek, *UWG — Kommentar*, 2. oplag, Wien, 2007, § 9a, s. 44.

12 — Jf. bl.a. s. 9 og 10 i forelæggelsesafgørelsen.

B — *Det første præjudicielle spørgsmål*

37. Det skal indledningsvis påpeges, at Domstolen under en sag i henhold til traktatens artikel 234 EF ikke er beføjet 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 [13].

38. Hensigten med det første præjudicielle spørgsmål er at få klarlagt, om direktiv 2005/29 er til hinder for en national bestemmelse som UWG's § 9a, stk. 1, nr. 1). Det skal med henblik herpå undersøges, om denne bestemmelse efter sin genstand er omfattet af det materielle og personelle anvendelsesområde for direktiv 2005/29. Det skal dernæst undersøges, om direktiv 2005/29 skal fortolkes således, at de retsvirkninger, som en tilsidesættelse af denne bestemmelse har efter østrigsk ret, også er omfattet af dette direktiv.

13 — Jf. bl.a. dom af 15.7.1964, sag 6/64, Costa, Sml. 1954-1964, s. 531, på s. 534, org.ref.: Rec. s. 1141, 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.

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

39. Den forelæggende ret har oplyst, at UWG's § 9a, stk. 1, nr. 1), forbyder erhvervsdrivende at annoncere med en vederlagsfri tilgift til varer eller tjenesteydelser over for forbrugerne. Det må derfor fastslås, at der foreligger et forbud mod tilgift.

40. Det rejser spørgsmålet, om dette forbud gælder for en handelspraksis som omhandlet i artikel 2, litra d), i direktiv 2005/29. Begrebet handelspraksis defineres i bestemmelsen med en særligt bred formulering [14] som »en handling, udeladelse, 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«.

41. 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) [15], og som Domstolen har bekræftet i dommen i disse sager [16], udgør tilgift kommercielle handlinger, der klart er omfattet af en erhvervsdrivendes handelspraksis og direkte tilsigter promovering og afsætning. Det følger heraf, at den udgør en handelspraksis som omhandlet i artikel 2, litra d), i direktiv 2005/29, og at forbuddet mod tilgift i UWG's § 9a, stk. 1, nr. 1), derfor er omfattet af dets materielle anvendelsesområde [17].

2. Personelt anvendelsesområde for direktiv 2005/29

42. Spørgsmålet, om den omtvistede nationale bestemmelse i UWG's § 9a, stk. 1, nr. 1), er omfattet af direktivets personelle anvendelsesområde, afhænger af, om bestemmelsen, som direktivet selv, har til formål at beskytte forbrugerne.

14 — Jf. VTB-VAB og Galatea-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 4, præmis 49, samt Plus-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 5, præmis 36 og 39. Jf. B. Keirsbilck, »Towards a single regulatory framework of unfair commercial practices?«, *European business law review*, 4/2009, s. 505, hvoraf det fremgår, at direktiv 2005/29 er karakteriseret ved sit meget brede anvendelsesområde.

15 — Jf. mit forslag til afgørelse af 21.10.2008 i VTB-VAB og Galatea-sagen, nævnt ovenfor i fodnote 4, punkt 68-70.

16 — VTB-VAB og Galatea-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 4, præmis 48 og 50. Jf. Plus-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 5, præmis 37, vedrørende en salgsfremmekampagne, som betingede en gratis deltagelse i et lotteri af, at der blev erhvervet en vis mængde varer eller tjenesteydelser.

17 — Jf. i denne retning også R. Heidinger, »Zugabenverbot, quo vadis?«, *Medien und Recht*, 1/2009, s. 45, hvorefter UWG's § 9a er omfattet af direktiv 2005/29's anvendelsesområde, fordi forbuddet mod tilgift i denne bestemmelse må betegnes som en regulering af urimelig handelspraksis over for forbrugere.

a) Det område, der er omfattet af direktiv 2005/29

43. Direktivet regulerer i princippet kun B2C-området (business to consumer), dvs. forholdet mellem erhvervsdrivende og forbrugere. Det fremgår til dels af artikel 3, stk. 1, hvorefter dette direktiv gælder for *virksomheders urimelige handelspraksis over for forbrugerne* før, under og efter en handelstransaktion i forbindelse med et produkt. Denne sammenhæng understreges navnlig i ottende betragtning, hvoraf det fremgår, at direktivet *direkte kun beskytter forbrugernes økonomiske interesser* mod virksomheders urimelige handelspraksis [18].

44. Jeg ville dog finde det urigtigt at antage, at lovlydige konkurrenters økonomiske interesser af den grund anses for mindre beskyttelsesværdige i dette direktiv [19]. Det har jeg senest påpeget i mit forslag til afgørelse af 3. september 2009 i sag C-304/08 (Plus), hvor den østrigske regering fremførte dette argument [20]. Det fremgår således klart af ottende betragtning, at direktivet *også indirekte beskytter lovlydige virksomheder mod deres konkurrenter*, der ikke følger reglerne i direktivet. Det konkretiseres i direktivets artikel 11, stk. 1, hvorefter medlemsstaterne også har pligt til at give konkurrenter adgang til at klage over adfærd, der er uforenelig med direktivet, således at disse kan indbringe en urimelig handelspraksis for domstolene.

45. Det er ganske vigtigt at lægge mærke til udsagnet i sjette betragtning om, at der ved

18 — Jf. også T. Hoeren, »Das neue UWG — der Regierungsentwurf im Überblick«, *Betriebs-Berater*, 2008, s. 1183, og 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.

19 — Jf. i denne retning også H.-G. Koppensteiner, »Grundfragen des UWG im Lichte der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken«, *Wirtschaftsrechtliche Blätter*, 2006, nr. 12, s. 558, hvori det påpeges, at det vil være forkert at unddrage direktiv 2005/29 enhver betydning i forholdet mellem virksomheder. Forfatteren har baseret sin argumentation både på sjette og ottende betragtning, hvoraf det fremgår, at direktivet indirekte beskytter lovlydige konkurrenters økonomiske interesser, og på direktivets artikel 11, stk. 1, hvorefter medlemsstaterne også har pligt til at give konkurrenter adgang til at klage over adfærd, der er uforenelig med direktivet. Samme skribent har i »Das UWG nach der Novelle 2007«, *Die Europäisierung des Kartell- und Lauterkeitsrechts*, Tübingen, 2009, s. 86, fodnote 8, gjort opmærksom på, at direktiv 2005/29 indirekte også beskytter konkurrenter.

20 — Jf. punkt 35 og 64 i mit forslag til afgørelse af 30.9.2009 i Plus-sagen, nævnt ovenfor i fodnote 5.

direktiv 2005/29 foretages en tilnærmelse af medlemsstaternes love om urimelig handelspraksis, som *direkte* skader forbrugernes økonomiske interesser og derved *indirekte* skader legitime konkurrenters økonomiske interesser. Direktivet tager således højde for, at det ikke altid er muligt at adskille forbrugernes interesser klart fra konkurrenternes, fordi der meget ofte er et sammenfald [21]. Virksomhedernes handelspraksis har i de fleste tilfælde både betydning for forbrugernes interesser og for konkurrenternes interesser. Fællesskabslovgiver har med tanke på denne tætte sammenhæng besluttet at tage hensyn til forbrugernes interesser i en ordning som den, der er fastsat i direktiv 2005/29, og som i virkeligheden er af konkurrencepolitisk art [22]. Metodemæssigt er der ikke noget forkert i, at direktivet i konkurrencepolitisk henseende fokuserer på vilkårene for det indre markeds funktion, men i beskyttelsesmæssig henseende fokuserer på den europæiske forbrugers typiske interesser [23]. Bestemmelsen om

21 — V. Marsland har i »Unfair Commercial Practices: Stamping out Misleading Packaging«, *The regulation of unfair commercial practices under EC Directive 2005/29 — New rules and new techniques*, Norfolk, 2007, s. 194, med rette påpeget, at det i direktiv 2005/29, der har til formål at beskytte forbrugerne, erkendes, at forbrugernes og konkurrenternes interesser er sammenfaldende hvad angår urimelig handelspraksis, og at det både er i forbrugernes og konkurrenternes interesse, at alle erhvervsdrivende overholder reglerne. Det fremgår af E. Büllesbach, *Auslegung der irreführenden Geschäftspraktiken des Anhangs I der Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken*, München, 2008, s. 16, at virksomhedernes handelspraksis i de fleste tilfælde både har betydning for forbrugernes interesser og for konkurrenternes interesser. Det er derfor nødvendigt at anlægge en bred indfaldsvinkel, hvor der tages hensyn til alle berørte parters interesser under ét, for at kunne foretage en tilfredsstillende vurdering af, om en forretningsmetode er rimelig. At beskyttelse af konkurrenter og forbrugere som oftest er »to sider af samme sag«, fremgår også af eksemplet med vildledende reklame, som ikke bare berører forbrugernes, men også konkurrenternes økonomiske interesser, såfremt deres forretningsmuligheder indskrænkes. Det samme gælder for bagtalelse, som både skader den, der kritiseres uden grund, og forringer den fejlinformerede forbrugers beslutningsgrundlag. E. Bargelli har i »L'àmbito di applicazione della direttiva 2005/29/CE: La nozione di pratica commerciale«, *Le pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori*, Torino 2007, s. 80, henvist til problemerne med at adskille forbrugernes interesser fra konkurrenternes. W. Schuhmacher, »The Unfair Commercial Practices Directive«, *Law Against Unfair Competition — Towards a New Paradigm in Europe* (udgivet af Reto M. Hilty og Frauke Henning-Bodewig), Berlin/Heidelberg, 2007, s. 132, mener, at det fremgår klart af direktiv 2005/29, at der inden for konkurrenceretten findes tilfælde, hvor det ikke er muligt at sondre mellem konkurrenternes og forbrugernes interesser.

22 — H. Gamerith har tilmed i »Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken: bisherige rechtspolitische Überlegungen zu einer Neugestaltung des österreichischen UWG«, *Lauterkeitsrecht im Umbruch*, 2005, s. 157, givet udtryk for, at direktiv 2005/29 reelt ikke sondrer mellem forbrugernes og konkurrenternes interesser, men bygger på et »ufuldstændigt B2B- og B2C-system«, hvilket peger i retning af, at direktivet er gennemført ved den østrigske UWG.

23 — Jf. i denne retning også J. Kessler, »Lauterkeitsschutz und Wettbewerbsordnung — Zur Umsetzung der Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken in Deutschland und Österreich«, *Wettbewerb in Recht und Praxis*, 2007, nr. 7, s. 716. Jf. ligeledes V. Falce og G. Ghidini, »The new regime on unfair commercial practices at the intersection of consumer protection«, *Competition law and unfair competition, Antitrust between EC law and national law*, 2009, s. 374, hvori det forklares, at fællesskabslovgiver i direktiv 2005/29 går ud fra, at det kun er muligt at sikre forbrugerens beslutningsfrihed, hvis der er fri konkurrence på det indre marked.

klageadgang i direktivets artikel 11, stk. 1, som gør det muligt for erhvervsdrivende at kræve, at der nedlægges forbud over for deres konkurrenter, hvis de handler urimeligt, kan altså forbedre forbrugerbeskyttelsen [24].

46. For at fastlægge direktivets anvendelsesområde mere præcist, sondres der imidlertid klart heri mellem handelspraksis, der både er til skade for forbrugere og konkurrenter, og handelspraksis, der kun vil kunne indskrænke en af de to persongruppers interesser. Det fremgår således af ottende betragtning, at der naturligvis findes andre former for handelspraksis, der, skønt de ikke skader forbrugerne, kan skade konkurrenter og erhvervskunder.

47. Det sidstnævnte tilfælde er, som Domstolen fastslog i sin dom af 14. januar 2010 i Plus-sagen, ikke omfattet af direktivets anvendelsesområde [25], eftersom det fremgår af sjette betragtning, at direktivet hverken omfatter eller berører de nationale love om urimelig handelspraksis, som *udelukkende* skader konkurrenternes økonomiske interesser, eller som vedrører transaktioner mellem erhvervsdrivende. Rent semantisk opfattes ordet »udelukkende«, hvilket også fremgår af en sammenligning mellem forskellige sprogversioner af direktiv 2005/29 [26], typisk sådan,

24 — Jf. også H. Gamerith, nævnt ovenfor i fodnote 22, s. 157, hvorefter det højner forbrugerbeskyttelsen, at de berørte erhvervsdrivende kan kræve nedlæggelse af forbud over for konkurrenter, der handler urimeligt, når forbuddet er rettet mod enhver urimelig indflydelse på forbrugerens beslutningsfrihed i form af vildledning, overrumpling, tillokkelse, pression osv.

25 — Jf. Plus-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 5, præmis 39. Jf. H.-W. Micklitz, der i »Full Harmonization of Unfair Commercial Practices Under Directive 2005/29«, *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, 2009, bind 4, s. 373, har anført, at direktiv 2009/25 finder anvendelse på B2B-relationer, hvis to forudsætninger er opfyldt, nemlig at den pågældende handelspraksis har direkte betydning for forbrugernes interesser og indirekte betydning for konkurrenternes interesser. Forfatteren er bange for, at denne begrænsning af direktivets anvendelsesområde kan føre til nye forsvarsstrategier. Virksomhederne kunne således fristes til at påstå, at deres handelspraksis kun vedrører B2B-relationer.

26 — Tysk: »lediglich«, dansk: »udelukkende«, engelsk: »only«, fransk: »uniquement«, italiensk: »unicamente«, nederlandsk: »alleen«, portugisisk: »apenas«, slovensk: »samo« og spansk: »sólo«.

at det udelukker noget. Det påpeges derfor også i sjette betragtning, at medlemsstaterne under fuld hensyntagen til nærhedsprincippet fortsat vil kunne lovgive med hensyn til urimelig handelspraksis i overensstemmelse med fællesskabslovgivningen, hvis de ønsker det.

videre end direktivets mål om at beskytte forbrugerne.

b) Beskyttelsesformålet med forbuddet i UWG's § 9a, stk. 1, nr. 1)

49. Forbuddet tjener således ikke bare til at beskytte forbrugerne, men også til at opretholde reel konkurrence og beskytte mediernes mangfoldighed. Det skal forhindre konkurrenter i at overbyde hinanden med yderligere ekstraydelser og dermed frem for alt beskytte sådanne andre konkurrenter, som på grund af deres ringere økonomiske formåen ikke er i stand til at fremme salget af deres varer gennem vederlagsfri tilgift. Denne beskyttelse kan begrundes i mediernes betydning som meningsdannende faktor i et demokratisk samfund. Den østrigske regering fremførte det samme argument i sag C-368/95, Familiapress [29], der drejede sig om dette forbuds overensstemmelse med reglerne om frie varebevægelser, og hvor Domstolen heller ikke afviste, at der er tale om et legitimt lovgivningsformål, som i princippet kan berettige en indskrænkning af denne grundlæggende frihed.

i) Den forskellige vægtning af beskyttelseshensynene

48. Det er derfor spørgsmålet, om det omtvistede forbud mod tilgift i UWG's § 9a, stk. 1, nr. 1), er en national lov, der *udelukkende* har til formål at forhindre en handelspraksis, der skader konkurrenternes økonomiske interesser. Den forelæggende ret [27] og den østrigske regering [28] har herved understreget, at det omtvistede forbud i UWG's § 9a, stk. 1, nr. 1), har et bredere lovgivningsformål, der rækker

50. Det må dog fastslås, at der er forskellige opfattelser af, hvordan beskyttelseshensynene i UWG skal vægtes.

27 — Jf. s. 10-12 i forelæggelsesafgørelsen.

28 — Jf. s. 4 og 5 i den østrigske regerings skriftlige indlæg.

29 — Dom af 26.6.1997, sag C-368/95, Familiapress, Sml. I, s. 3689.

51. Den forelæggende ret har bemærket, at UWG's § 9a, stk. 1, nr. 1), efter den østrigske lovgivers formodede opfattelse ikke har det primære formål at beskytte forbrugere, men »i hvert fald i lige så vidt omfang« har til formål at beskytte konkurrenter og at opretholde konkurrencen på markedet [30]. Dette afvises til gengæld udtrykkeligt af den østrigske regering, der har gjort gældende, at forbuddet mod tilgift »især« har til formål at sikre reel konkurrence i mediesektoren [31]. Den østrigske regering har dog ikke argumenteret overbevisende for denne opfattelse. I sine bemærkninger om sammentilknytningen af et tidsskrift og en præmiekonkurrence har den således flere gange advaret om, at udnyttelsen af forbrugerens spillelidenskab indebærer en fare for utilbørlig påvirkning af forbrugeren [32]. Der kan efter min opfattelse ikke være tvivl om, at den østrigske regerings betænkeligheder først og fremmest er rettet mod forbrugerbeskyttelsen.

52. Jeg har følgende bemærkninger til disse divergerende udsagn om fortolkningen af den nationale ret.

53. Det skal for det første påpeges, at proceduren i henhold til artikel 234 EF beror på et samarbejde mellem Domstolen og de nationale retter, hvor det ikke tilkommer Domstolen at udtale sig om fortolkningen af nationale bestemmelser eller at vurdere, om den fortolkning, som den forelæggende ret har foretaget, er korrekt [33]. I processuel henseende skal Domstolen således i henhold til kompetencefordelingen mellem Fællesskabets retsinstanser og de nationale retter principielt tage hensyn til de faktiske omstændigheder og de retsregler, som ifølge forelæggelsesafgørelsen er baggrunden for de præjudicielle spørgsmål [34].

54. For det andet har den afvigende bedømmelse reelt ingen materiel betydning, eftersom det under alle omstændigheder er ubestridt, at bestemmelsen i UWG's § 9a, stk. 1, nr. 1), ikke har til formål at forhindre urimelig handelspraksis, der som omhandlet i sjette betragtning til direktivet *udelukkende* skader konkurrenternes økonomiske interesser eller vedrører transaktioner mellem erhvervsdrivende. Der er tværtimod enighed om, at det lovgivningsmæssige formål med UWG's § 9a,

30 — Jf. s. 10-12 i forelæggelsesafgørelsen.

31 — Jf. punkt 11 på s. 4 i den østrigske regerings skriftlige indlæg.

32 — Argumentationen minder i den henseende om den, som den tyske regering fremførte i sag C-304/08 (Plus), hvor der var tale om foreneligheden af en national lovgivning [den tyske UWG's § 4, nr. 6)], som forbød tilgift i sammenhæng med salgsfremmende konkurrencer eller spil. Dette forbud var hovedsageligt baseret på hensynet til forbrugerbeskyttelsen. Jf. hvad angår den tyske regerings argumentation i denne sag mit forslag til afgørelse af 3.9.2009, navnlig punkt 93 og 107.

33 — Jf. i denne retning dom af 3.10.2000, sag C-58/98, Corsten, Sml. I, s. 7919, præmis 24, og af 29.4.2004, forenede sager C-482/01 og C-493/01, Orfanopoulos og Oliveri, Sml. I, s. 5257, præmis 42.

34 — Jf. dom af 25.10.2001, sag C-475/99, Ambulanz Glöckner, Sml. I, s. 8089, præmis 10, og af 13.11.2003, sag C-153/02, Neri, Sml. I, s. 3555, præmis 34 og 35, samt Orfanopoulos og Oliveri-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 33, præmis 42, og dom af 21.4.2005, sag C-267/03, Lindberg, Sml. I, s. 3247, præmis 41 og 42.

stk. 1, nr. 1), er at forbyde de former for urimelig handelspraksis, der stadig gør sig gældende på B2C-området. Bestemmelsen i UWG's § 9a, stk. 1, nr. 1), er derfor stadig omfattet af direktiv 2005/29's anvendelsesområde, hvilket ikke afhænger af, om forbuddet mod tilgift først og fremmest tjener til at værne om et bestemt retsgode, at beskytte forbrugernes, konkurrenternes eller almenhedens interesser eller at opretholde et alsidigt medieudbud. I retlig henseende er det derfor uden relevans for den foreliggende præjudicielle sag, om og i hvilken udstrækning den omtvistede nationale lovgivning desuden, som den østrigske regering har anført, sigter mod at opretholde et alsidigt medieudbud.

ii) Undersøgelse af de relevante nationale bestemmelser og retsafgørelser

55. Eftersom det er nødvendigt at give den forelæggende ret et fyldestgørende svar på dens præjudicielle spørgsmål [35], og generaladvokaterne i henhold til artikel 222 EF skal fremsætte begrundede forslag til afgørelser fuldstændig upartisk og uafhængigt [36], vil jeg for en god ordens skyld påpege, at gennemgangen af den pågældende lovgivning, herunder forarbejderne til UWG, viser, at den østrigske lovgiver må have anset forbrugerbeskyttelsen for at være mindst lige så vigtig som beskyttelsen af konkurrenterne. Det fremgår således af begrundelsen for forslaget til UWG-Novelle 2007, at UWG [37] stort set regulerer B2B-området på samme måde som B2C-området, eftersom beskyttelsen af konkurrenterne efter den østrigske lovgivers opfattelse »ikke kan adskilles fra« beskyttelsen af forbrugerne.

35 — I dom af 12.7.1979, sag 244/78, Union Laitière Normande, Sml. s. 2663, præmis 5, forklarede Domstolen, at nødvendigheden af at nå til en hensigtsmæssig fortolkning af fællesskabsretten, uanset artikel 234 EF ikke giver Domstolen mulighed for at bedømme baggrunden for anmodningen om præjudiciel afgørelse, kan fordre, at de retlige rammer for den udbedte fortolkning fastlægges. Der er ifølge K. Lenaerts, A. Arts og I. Maselis, *Procedural Law of the European Union*, 2. oplag, s. 188, punkt 6-021, intet til hinder for, at Domstolen gør det klart, hvordan den har forstået de faktiske omstændigheder i hovedsagen og visse aspekter af national ret, med henblik på at foretage en hensigtsmæssig fortolkning af de gældende fællesskabsretlige bestemmelser og principper.

36 — Generaladvokat Ruiz-Jarabo Colomer har i »La función del Abogado del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas«, *Problèmes d'interprétation*, Bruxelles, 2004, s. 334 ff., udtalt, at forslag til afgørelser skal danne grundlag for dommernes votering. De skal i almindelighed belyse alle retlige spørgsmål, der opstår som led i en sag, og i den forbindelse gøre detaljeret rede for Domstolens hidtidige praksis. Generaladvokaten har også understreget, at retslitteraturen spiller en stadig større rolle i forbindelse med undersøgelsen af sådanne retlige spørgsmål.

37 — Der er i »Erläuterungen zur Regierungsvorlage für ein Bundesgesetz, mit dem das Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb 1984 — UWG geändert wird (UWG-Novelle 2007)«, trykt i tidsskriftet *Recht und Wettbewerb*, 53. årgang, nr. 170, december 2007, s. 13, anført følgende: »Forslaget regulerer som i den gældende UWG i det væsentlige B2B-området på samme måde som B2C-området, eftersom beskyttelsen af konkurrenterne ikke kan adskilles fra beskyttelsen af forbrugerne«.

56. Dette afspejler den fremherskende opfattelse i den retsvidenskabelige litteratur, hvorefter forbrugernes interesser ikke mindst af denne grund beskyttes i samme omfang i UWG som konkurrenternes og almenhedens interesser, og hvor der tages udgangspunkt i et »tredobbelt beskyttelsesformål« [38]. Det gælder også for bestemmelsen i UWG's § 9a, stk. 1, nr. 1), der står i centrum for den foreliggende sag, og hvis forbrugerbeskyttende karakter der ikke er sået tvivl om i den retsvidenskabelige litteratur [39].

57. Det fremgår desuden også af Oberster Gerichtshofs praksis [40] — som i en vis udstrækning er baseret på de holdninger, der kommer til udtryk i retslitteraturen — at formålet med forbuddet mod tilgift i UWG's § 9a, stk. 1, først og fremmest er at beskytte

38 — Ifølge M. Prunbauer, »Kommentar zum Vorschlag für eine EU-Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarkt-internen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern — ein missglückter Ansatz der Harmonisierung des Lauterkeitsrechts in der EU«, *Recht und Wettbewerb*, 49. årgang, nr. 161, september 2003, s. 3, omhandler UWG i princippet ikke kun de forbrugerretlige aspekter af en konkurrencemetode, men også de aspekter, der vedrører konkurrenterne og almenheden. En reklameforanstaltning kan ganske enkelt ikke opfattes eller bedømmes udelukkende ud fra forbrugernes perspektiv. Beskyttelsen af konkurrenterne og af almenhedens interesser i en effektiv fri konkurrence tjener i hvert fald indirekte også til at beskytte forbrugerne, fordi den også sikrer en velfungerende konkurrence til gavn for forbrugerne. Forfatteren har konkluderet, at det hverken i det virkelige erhvervsliv eller i retslitteraturen giver mening at dele en konkurrencemetode op i en »forbrugerdel« og en »virksomhedsdel«. A. Wiebe har i »Umsetzung der Geschäftspraktikenrichtlinie und Perspektiven für eine UWG-Reform«, *Juristische Blätter*, 129. årgang, nr. 2, februar 2007, s. 71, oplyst, at det for Østrigs og Tysklands vedkommende længe har været klart, at UWG sigter mod at beskytte konkurrenter og forbrugere samt almene interesser, hvilket foreskrives udtrykkeligt i § 1 i den nye tyske UWG. De forskellige beskyttelsesformål griber ind i hinanden, hvilket i sagens natur gør det umuligt at sondre mellem B2B- og B2C-transaktioner i retsforskrifter. Jf. tilsvarende E. Büllesbach, nævnt ovenfor i fodnote 21, s. 15, der har henvist til det tredobbelte beskyttelsesformål (forbrugere, konkurrenter og almenheden), som ligger til grund for de tyske og østrigske regler om illoyal konkurrence. H. Lettner har i »Die Umsetzung der EU-Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken — Eine Bilanz des UWG-Neu in Österreich und Deutschland«, *European Law Reporter*, 2009, nr. 9, s. 313, henvist til, at det overordnede formål med den østrigske UWG er at beskytte virksomhedernes interesser, almenhedens interesser og forbrugernes interesser.

39 — D. Duursma-Kepplinger, nævnt ovenfor i fodnote 11, har således påpeget, at UWG's § 9a også tjener til at beskytte forbrugerne (§ 16, punkt 24, s. 808). Formålet med reglerne om begrænsning af tilgift er bl.a. at beskytte køberne mod usaglig og vildledende prisreklame og at forhindre konkurrenter i at overbyde hinanden med (yderligere) ekstraydelser (§ 9a, punkt 2, s. 276). Forfatteren mener, at det egentlige formål med UWG er at sikre en generel forebyggende beskyttelse af almene forbrugerinteresser med henblik på at undgå urimelig praksis på konkurrenceområdet (§ 16, punkt 26, s. 820). M. Horak har i »Naht das Ende des Zugabenverbots?«, *Ecolex*, 2008, s. 1138, oplyst, at hensigten med forbuddet mod tilgift i UWG's § 9a først og fremmest er at beskytte forbrugerne. Forfatteren har herved henvist til den dom fra Oberster Gerichtshof, der er nævnt nedenfor i fodnote 40 i dette forslag til afgørelse. Jf. også G. Kucsko, »Zur rechtspolitischen Begründung des Zugabenverbots«, *Ecolex*, 1992, s. 709, der beskriver tilblivelsen af det østrigske forbud mod tilgift tilbage fra begyndelsen af det 20. århundrede. Forfatteren har påpeget, at det primære formål med det østrigske »forbud mod tilgift« siden tilblivelsen har været at forhindre, at forbrugerne forledes til at træffe usaglige købsbeslutninger på grund af tilgift, og at tilgiften slører hovedvarens virkelige pris, således at kunden vildledes. Forbuddet skal desuden forhindre, at konkurrerende virksomheder overbyder hinanden.

40 — Jf. Oberster Gerichtshofs dom af 9.3.1999, Fini's Feinstes (ref. 4 Ob 28/99t). I denne dom fastslås følgende: »Formålet med forbuddet mod tilgift er først og fremmest at beskytte forbrugerne: Forbrugerne må ikke miste deres dømmekraft som følge af spillelidenskab og ønsket om gevinst — f.eks. ved at de får mulighed for at deltage i en præmiekonkurrence. Købsbeslutningen skal baseres på varens kvalitet og pris og på en objektiv sammenligning med andre varer og ikke træffes mere eller mindre vilkårligt for at få del i den præmie, der lokkes med.«

forbrugerne. Forbrugerne må ifølge denne praksis ikke miste deres dømmekraft som følge af spillelidenskab og ønsket om gevinst — f.eks. ved at de får mulighed for at deltage i en præmiekonkurrence.

58. Det må således også efter en undersøgelse af de relevante østrigske bestemmelser og retsafgørelser fastslås, at forbuddet mod tilgift i UWG's § 9a, stk. 1, nr. 1), i hvert fald i lige så vidt omfang har til formål at beskytte forbrugerne.

59. Jeg må på grundlag af disse betragtninger konkludere, at den nationale bestemmelse i UWG's § 9a, stk. 1, nr. 1), er omfattet af anvendelsesområdet for direktiv 2005/29. Den skal derfor efterprøves efter de retningslinjer, som er fastsat i direktivet [41].

3. Undersøgelse af de to regelsæts struktur

a) Bestemmelserne i direktiv 2005/29

60. For at kunne fastslå, om direktiv 2005/29 er til hinder for en national bestemmelse som

c) Konklusion

41 — Jf. M. Horak, »Zugabenverbot gemeinschaftsrechtswidrig?«, *Ecolex*, 2009/123, s. 341, hvorefter det første præjudicielle spørgsmål går ud på at afklare, om et per se-forbud mod tilgift, der både skal beskytte forbrugere og virksomheder, er foreneligt med direktiv 2005/29. Forfatteren mener, at et sådant per se-forbud strider mod fællesskabsretten, hvis dets anvendelsesområde ikke kan afgrænses præcist og begrænses til tilbud, der kun henvender sig til virksomheder og ikke berører forbrugernes interesser. UWG's § 9a, stk. 1, nr. 1), opfylder ikke disse betingelser. Ifølge H. Lettner, nævnt ovenfor i fodnote 38, punkt 9, s. 317, kan den omstændighed, at forbuddet mod tilgift i UWG's § 9a, stk. 1, nr. 1), ikke kun tjener til beskyttelsen af forbrugerne, men også tjener andre formål, der ikke ligger inden for direktivets materielle anvendelsesområde — såsom opretholdelsen af et alsidigt presseudbud og beskyttelsen af svagere konkurrenter — ikke berettige, at der ud over sortlisterne opretholdes et per se-forbud på B2C-området. De to forfattere antager således, at den omtvistede nationale lovgivning er omfattet af anvendelsesområdet for direktiv 2005/29.

UWG's § 9a, stk. 1, er det nødvendigt at undersøge og efterfølgende sammenligne de to regelsæts normative formål og struktur.

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

61. Direktivet tager som ovenfor nævnt [42] 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 med visse undtagelser afskærer medlemsstaterne fra at opretholde eller indføre strengere bestemmelser, uanset om formålet med dette er at sikre et højere forbrugerbeskyttelsesniveau [43]. Begge dele fremgår af en fortolkning af såvel betragtningerne til som de generelle bestemmelser i dette direktiv.

62. Dette følger for det første af 11. betragtning til direktivet, hvorefter dette direktivs *tilnærmelse* af de nationale bestemmelser skal skabe et højt fælles forbrugerbeskyttelsesniveau. For det andet tales der i 12. betragtning 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. Den metode, der bygger på *tilnærmelse af lovgivningerne*, henvises der igen til i direktivets artikel 1, hvoraf det fremgår, at dets formål er at forbedre forbrugerbeskyttelsen og optimere det indre marked.

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

42 — Jf. punkt 33 i dette forslag til afgørelse.

43 — Jf. VTB-VAB og Galatea-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 4, præmis 52.

64. 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 dette direktiv sker en tilnærmelse, må fortsætte med at anvende nationale bestemmelser, der er mere restriktive eller præskriptive end dette direktiv. Undtagelsen er dog begrænset til de nationale bestemmelser, som implementerer direktiver med bestemmelser om minimumsharmonisering [44]. 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 fast ejendom.

ii) Den normative struktur af direktiv 2005/29

65. 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). Stk. 5 henviser 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.

66. 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,

44 — De direktiver, der er omhandlet i artikel 3, stk. 5, i direktiv 2005/29, og som indeholder bestemmelser om minimumsharmonisering, 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 køber 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).

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 direktivets i artikel 5, stk. 1, direkte anvendelse [45].

b) Bestemmelserne i UWG

67. 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 sit formål [46]. Hermed forbundet er den nationale lovgivers forpligtelse til at gennemføre det pågældende direktiv korrekt i national ret [47]. Ifølge sin 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.

68. Det er derfor anerkendt i retspraksis, at det ikke er absolut nødvendigt at gentage et direktivs bestemmelser ordret i en udtrykkelig speciel lovbestemmelse for at gennemføre dette direktiv korrekt [48]. Det afgørende er derimod, at den nationale lovgivning, som 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 [49].

45 — Jf. også analyseskemaet i G. De Cristofaro, »La direttiva 2005/29/CE — Contenuti, rationes, caratteristiche«, *Le pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori*, Torino, 2007, s. 12, og F. Henning-Bodewig, »Die Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken«, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Internationaler Teil*, 2005, nr. 8/9, s. 631.

46 — 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.

47 — 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, *Kommentar zu EU- und EG-Vertrag* (udgivet af Heinz Mayer), Wien, 2004, artikel 249, punkt 48 og 50, s. 17 og 18).

48 — 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 har i »Der Umsetzungsbedarf der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken«, *Wettbewerb in Recht und Praxis*, 2005, s. 1088, med rette henvist hertil i forbindelse med behovet for at gennemføre direktiv 2005/29 i tysk ret.

49 — Jf. i denne retning M. Ruffert i Calliess og Ruffert (udg.), *Kommentar zu EUV/EGV*, 3. oplag, 2007, artikel 249, punkt 49, s. 2135. Efter fast retspraksis skal gennemførelsen af et direktiv sikre, at det rent faktisk 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 § 9a, stk. 1, nr. 1)

69. Den forelæggende ret har oplyst, at UWG's § 9a, stk. 1, nr. 1), forbyder erhvervsdrivende at annoncere med en vederlagsfri tilgift til varer eller tjenesteydelser over for forbrugerne. Hvis hovedvaren er en periodisk tryksag (avis, tidsskrift), omfatter forbuddet også selve tilbuddet om og ydelsen af en tilgift. Som tilgift regnes ifølge Oberster Gerichtshofs praksis [50] navnlig den med købet af hovedvaren tilknyttede mulighed for at deltage i en præmiekonkurrence.

70. Som det fremgår af forelæggelsesafgørelsen [51], fortolkes denne bestemmelse imidlertid indskrænkende i retspraksis, hvilket betyder, at det ikke er enhver vederlagsfri tilgift, der anses for ulovlig. Anvendelsen af UWG's § 9a, stk. 1, nr. 1), forudsætter således i henhold til Oberster Gerichtshofs faste praksis, at det påtalte forhold i det konkrete tilfælde a) var objektivt egnet til at påvirke forbrugeren i dennes beslutning om at købe hovedvaren (eller hovedydelsen) [52], og at nævnte forhold følgelig b) kunne medføre, at efterspørgslen flyttes i mere end et uanseeligt omfang [53]. Stk. 1 finder således ikke anvendelse, når der ikke foreligger en ulovlig »tilgift« som omhandlet i denne bestemmelse, for så vidt som de ovenfor nævnte betingelser, der er fastlagt i retspraksis, ikke er til stede [54].

71. Det må uafhængigt af den indskrænkende fortolkning, der er valgt i østrigsk retspraksis, fastslås, at den omtvistede bestemmelse i UWG's § 9a bygger på princippet om et generelt forbud med tilhørende undtagelser, således at det er forbudt efter stk. 1 at knytte to forskellige varer eller tjenesteydelser sammen med henblik på promovering, hvis de undtagelser, der er opregnet i stk. 2, ikke finder anvendelse. Denne bestemmelse forbyder med andre ord sammenknytning af to forskellige

50 — Jf. s. 10 i forelæggelsesafgørelsen.

51 — Den forelæggende ret har på s. 8 i forelæggelsesafgørelsen henvist til Oberster Gerichtshofs dom af 20.10.1992, Welt des Wohnens (ref. 4 Ob 87/92), af 30.1.2008, ORF-Teletext (ref. Ob 273/07d), og af 14.2.2008 (ref. 4 Ob 17/08s).

52 — Den forelæggende har på s. 8 i forelæggelsesafgørelsen henvist til Welt des Wohnens-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 48.

53 — Den forelæggende ret har på s. 8 i forelæggelsesafgørelsen henvist til Oberster Gerichtshofs dom af 14.12.1999, Tipp des Tages III (ref. 4 Ob 290/99x).

54 — Jf. også s. 4 i det skriftlige indlæg fra sagsøgeren i hovedsagen.

varer eller tjenesteydelser med henblik på promovering og skal derfor forstås som et principielt forbud mod tilgift, der imidlertid kan fraviges i visse tilfælde [55].

a) Den skrevne nationale ret

i) Lovgivningens omvendte systematik

4. Den omtvistede lovgivnings forenelighed med direktiv 2005/29

73. Hvad angår den omtvistede lovgivnings forenelighed med direktiv 2005/29 må det fastslås, at det omtvistede forbud mod tilgift i UWG's § 9a, stk. 1, nr. 1), udgør en særregel inden for rammerne af UWG, som ikke har noget modstykke i direktiv 2005/29. UWG's § 9a, stk. 1, nr. 1), indfører et principielt forbud mod tilgift, som ikke findes i selve direktivet.

72. Det er endvidere nødvendigt at klarlægge, om den omtvistede lovgivning er forenelig med direktiv 2005/29, især hvad angår den nationale lovgivnings struktur. Hvis det viser sig, at den nationale ret, henset til lovens ordlyd, er uforenelig med fællesskabsretten, vil jeg herefter undersøge, om denne lovgivning alligevel kan anses for at være i tråd med direktivet i betragtning af Oberster Gerichtshofs ovennævnte indskrænkende fortolkning.

74. Den nationale lovgivning har desuden en anden struktur end direktiv 2005/29, eftersom den bygger på princippet om et generelt forbud med tilhørende undtagelser. Det er især denne omvendte systematik, der rejser tvivl om foreneligheden med det nævnte direktiv, men det er snarere den nationale bestemmelses normative indhold, der er tale om, end dens formelle udformning, idet den nationale lovgiver har et vist råderum med hensyn til gennemførelsen. Indholdet er ikke det samme som i direktiv 2005/29. Som jeg allerede har forklaret i mit forslag til afgørelse

55 — Jf. M. Horak, nævnt ovenfor i fodnote 39, s. 1137, der sammenligner bestemmelserne i UWG's § 9a med de såkaldte per se-forbud. Per se-forbud indebærer, at visse abstrakt definerede former for handelspraksis principielt forbydes, uden at retsinstanserne i det enkelte tilfælde kan undersøge virkningerne for forbrugere eller konkurrenter. For at tage højde herfor i forbindelse med den praktiske gennemførelse er disse forbud som oftest ledsaget af en liste over undtagelser. Forfatteren mener, at UWG's § 9a, der i stk. 1 indeholder et principielt forbud mod tilgift og i stk. 2 en liste over undtagelser, følger denne model. R. Heidinger, nævnt ovenfor i fodnote 17, s. 45, er af den opfattelse, at bestemmelsen i UWG's § 9a er udformet som et per se-forbud, hvor visse former for handelspraksis forbydes, uden at det er muligt at undersøge virkningerne for forbrugerne i det enkelte tilfælde.

i de forenede sager C-261/07 (VTB-VAB) og C-299/07 (Galatea), følger direktiv 2005/29 en tilgang til fordel for den erhvervsdrivendes erhvervsfrihed, som i det væsentlige svarer til retsprincippet *in dubio pro libertate* [56]. I modsætning til bestemmelsen i UWG's § 9a, stk. 1, nr. 1), tager direktivet således udgangspunkt i, at en handelspraksis er rimelig, så længe de nærmere beskrevne retlige betingelser for et forbud ikke foreligger [57].

75. Denne liberale tilgang bygger på en konkret reguleringspolitik, der går ud på at sikre opfyldelsen af fællesskabslovgivers mål, som fremgår af fjerde og femte betragtning til direktivet samt af dets artikel 1, og som er at fastsætte ensartede bestemmelser på fællesskabsplan for at nedbryde de hindringer for den frie bevægelighed for tjenesteydelser og varer på tværs af grænserne samt for etableringsfriheden, som skyldes det store antal nationale regler om urimelig handelspraksis, i det omfang det er nødvendigt for at sikre et velfungerende indre marked og opnå et højt forbrugerbeskyttelsesniveau [58].

ii) Spørgsmålet, om undtagelsesbestemmelserne i UWG's § 9a, stk. 2, er tilstrækkelige

76. Bestemmelser om undtagelser fra principielle forbud som den, der findes i UWG's § 9a, stk. 2, vil desuden ikke kunne omfatte alle situationer, hvor en handelspraksis må anses for rimelig ifølge bestemmelserne i direktiv 2005/29, eftersom de ikke gør det muligt for de kompetente nationale domstole og myndigheder at foretage en vurdering fra sag

56 — Jf. mit forslag til afgørelse i VTB-VAB og Galatea-sagen, nævnt ovenfor i fodnote 12, punkt 81. Jf. i samme retning H.-W. Micklitz, nævnt ovenfor i fodnote 25, s. 374.

57 — G. Abbamonte har derfor i »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. 15, beskrevet den tilgang, der følges i direktivet, som liberal. I henhold hertil er alt tilladt, som ikke udtrykkeligt er forbudt. G. De Cristofaro, nævnt ovenfor i fodnote 42, s. 11, har med rette bemærket, at direktivet følger en punktvis tilgang ved at fastsætte kriterierne for, at en handelspraksis kan betragtes som urimelig, mens det helt undlader at beskrive, hvad der kendetegner en rimelig handelspraksis.

58 — Jf. A. Bakardjieva Engelbrekt, »An End to Fragmentation? The Unfair Commercial Practices Directive from the Perspective of the New Member States from Central and Eastern Europe«, *The regulation of unfair commercial practices under EC Directive 2005/29 — New rules and new techniques*, Norfolk, 2007, s. 47 ff., hvori der peges på den harmoniserende virkning af direktiv 2005/29, som har til formål at udligne de store forskelle, der var på medlemsstaternes regler om god forretningsskik, inden direktivet trådte i kraft. Jf. i samme retning E. Bargelli, nævnt ovenfor i fodnote 21, s. 79. I S. Weatherill, »Who is the »Average Consumer««, *The regulation of unfair commercial practices under EC Directive 2005/29 — New rules and new techniques*, Norfolk, 2007, s. 137, betegnes tilgangen i direktiv 2005/29 som en afregulering, hvor der samtidig fastsættes nye regler. Harmoniseringen af de nationale lovgivninger medfører, at markedet afreguleres ved, at de mange forskellige regler, der fandtes i medlemsstaterne, ophæves og erstattes af et fælles regelsæt. Ifølge V. Falce og G. Ghidini, nævnt ovenfor i fodnote 23, s. 372, sigter direktiv 2005/29 mod at genskabe balancen mellem konkurrencen på et indre marked uden grænser på den ene side og forbrugerbeskyttelsen på den anden side.

til sag [59]. Det bekræftede Domstolen også i VTB-VAB og Galatea-dommen [60].

77. Når tilgift 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. Bortset herfra kan der i henhold til direktiv 2005/29 kun indføres et forbud, hvis en handelspraksis må betragtes som urimelig, fordi den er i modstrid med kravet om erhvervsmæssig diligenspligt eller væsentligt forvrider eller kan forventes væsentligt at forvride den økonomiske adfærd i forhold til produktet hos gennemsnitsforbrugeren.

78. Om det er tilfældet med hensyn til tilgift, kan imidlertid ikke fastslås generelt, da det i denne henseende er nødvendigt at vurdere den konkrete handelspraksis i det enkelte tilfælde. Det fremgår entydigt af syvende betragtning til direktivet, hvorefter der i forbindelse med anvendelsen af direktivet og navnlig af de generelle bestemmelser heri skal tages fuld højde for omstændighederne i den enkelte sag. Brugen af ordet »navnlig« tilkendegiver også, at den pågældende vurdering fra sag til sag ikke kun gælder for anvendelsen af den generelle bestemmelse i artikel 5, stk. 1, men også for anvendelsen af de præciserende bestemmelser i direktivets artikel 5-9. Det fremgår af 17. betragtning til direktivet, at fællesskabslovgiver også har fundet det nødvendigt at vurdere hvert enkelt tilfælde i forhold til bestemmelserne i artikel 5-9 i tilfælde af, at en handelspraksis ikke falder ind under de former for handelspraksis, der er anført i bilag I. Dette kan modsætningsvis sluttes af tredje punktum i 17. betragtning, hvoraf det fremgår, at de former for handelspraksis, som er opregnet i bilag I, 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«.

iii) Foreløbig konklusion

79. Den omtvistede lovgivning er efter sin ordlyd ikke forenelig med direktiv 2005/29.

59 — Jf. i denne retning R. Heidinger, nævnt ovenfor i fodnote 17, s. 46.

60 — Nævnt ovenfor i fodnote 4, præmis 64 og 65.

b) Muligheden for en direktivkonform fortolkning

80. Som jeg har anført i mit forslag til afgørelse i Plus-sagen [61], er det ved undersøgelsen af, om en bestemmelse inden for national lovgivning er i modstrid med fællesskabsretten, 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 [62]. 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 [63].

81. Når Oberster Gerichtshof sædvanligvis fortolker det principielle forbud mod tilgift indskrænkende, kunne det derfor tyde på, at den omhandlede lovgivning er forenelig med direktivet. Det kan ikke afvises, at dette forbud opblødes i en sådan grad, at det ender med at være i overensstemmelse med direktivet, når den nationale retsinstans fortolker det indskrænkende. Det skal i øvrigt påpeges, at den nationale retsinstans efter Domstolens praksis er forpligtet til at fortolke den nationale ret, hvad enten den er ældre eller yngre end direktivet, i lyset af direktivets ordlyd og formål [64] med henblik på at fremkalde det resultat, der tilsigtes med direktivet, og således handle i overensstemmelse med artikel 249, stk. 3, EF, og at retsinstansen skal foretage denne fortolkning under fuld udnyttelse af det skøn, den råder over i henhold til national ret, og i overensstemmelse med fællesskabsrettens krav [65]. De nationale retsinstanser har i den forbindelse også mulighed for at bringe den pågældende nationale retsforskrift i overensstemmelse med direktivet ved

61 — Nævnt ovenfor i fodnote 20, punkt 82.

62 — K. Lenaerts, D. Arts og I. Maselis, nævnt ovenfor i fodnote 35, 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, dom af 19.11.1996, Siemens mod Nold, Sml. I, s. 6017, samt den belgiske Hof van beroep te Gent i sag C-205/07, dom af 16.12.2008, Gysbrechts, Sml. I, s. 9947.

63 — Jf. herved mit forslag til afgørelse af 4.9.2008 i sag C-388/07, Kommissionen mod Spanien, dom af 18.12.2008, Sml. I, s. 4501, punkt 89.

64 — Domme af 10.4.1984, sag 14/83, von Colson og Kamann mod Nordrhein-Westfalen, Sml. s. 1891, præmis 26, og sag 79/83, Harz mod Deutsche Tradax, Sml. s. 1921, præmis 26, samt dom af 15.5.1986, sag 222/84, Johnston mod Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary, Sml. s. 1651, præmis 53, af 8.10.1987, sag 80/86, Kolpinghuis Nijmegen, Sml. s. 3969, præmis 12, af 20.9.1988, sag 31/87, Beentjes, Sml. s. 4635, præmis 39, af 14.7.1994, sag C-91/92, Faccini Dori, Sml. I, s. 3325, præmis 24, af 25.2.1999, sag C-131/97, Carbonari, Sml. I, s. 1103, præmis 48, af 15.6.2000, sag 365/98, Brinkmann Tabakfabriken, Sml. I, s. 4619, præmis 40, af 27.6.2000, forenede sager C-240/98 — C-244/98, Océano Grupo Editorial og Salvat Editores, Sml. I, s. 4941, præmis 30, af 13.7.2000, sag C-456/98, Centrosteel, Sml. I, s. 6007, præmis 16, og af 3.10.2000, sag C-371/97, Gozza, Sml. I, s. 7881, præmis 37. Jf. i samme retning dom af 13.11.1990, sag C-106/89, Marleasing, Sml. I, s. 4135, præmis 8, af 15.5.2003, sag C-160/01, Mau, Sml. I, s. 4791, præmis 36, af 22.5.2003, sag C-462/99, Connect Austria, Sml. I, s. 5197, præmis 38, af 23.10.2003, sag C-408/01, Adidas-Salomon og Adidas Benelux, Sml. I, s. 12537, præmis 21, og af 9.3.2004, forenede sager C-397/01 — C-403/01, Pfeiffer m.fl., Sml. I, s. 8835, præmis 113. Jf. i denne retning M. Schweitzer, W. Hummer og W. Obwexer, *Europarecht*, Wien, 2007, s. 82 f.

65 — Dommen i sagen von Colson og Kamann mod Nordrhein-Westfalen, nævnt ovenfor i fodnote 64, præmis 28, og dommen i sagen Harz og Deutsche Tradax, nævnt ovenfor i fodnote 64, præmis 28.

at indsnævre den og kan endog skabe ret, såfremt de har beføjelse til det [66].

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

82. Den indskrænkende fortolkning, som Oberster Gerichtshof går ind for, skal imidlertid resultere i, at det normative indhold i UWG's § 9a, stk. 1, nr. 1), i vidt omfang svarer til indholdet i direktivets bestemmelser.

Fortegnelsen over urimelige former for handelspraksis i direktivets bilag I

i) Undersøgelse på grundlag af direktivbestemmelserne

84. Jeg skal indledningsvis bemærke, at den handelspraksis, der forbydes i UWG's § 9a, stk. 1, ikke svarer til nogen af de tilfælde af urimelig handelspraksis, som er anført i bilag I til direktivet. 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 [67], men ikke anvendelsen af tilgift som sådan [68]. Bortset herfra reklamerer sagsøgte i hovedsagen på ingen måde med, at den blotte erhvervelse af en vare allerede giver en vinderchance. Det tilbydes kun at deltage i en præmiekonkurrence, som alle i forvejen har adgang til over internettet, uden at

83. Det skal i det følgende undersøges, om det omtvistede forbud mod tilgift kan anses for foreneligt med direktivet ud fra den indskrænkende fortolkning, der er fastlagt i østrigsk retspraksis. Med henblik herpå lægges det analyseskema, der er beskrevet i punkt 66 i dette forslag til afgørelse, til grund.

66 — Ifølge R. Streinz, *Europarecht*, 8. oplag, Heidelberg, 2008, s. 161, punkt 456, afhænger forpligtelsen til at fortolke retsforskrifter direktivkonformt af, i hvilken udstrækning det er muligt at fortolke den nationale ret. Hvis de nationale retsinstanser også har en retsskabende funktion, skal de i givet fald udvikle den nationale ret direktivkonformt.

67 — Jf. hvad angår formålet med dette forbud E. Büllesbach, nævnt ovenfor i fodnote 21, s. 114. Hvis en erhvervsdrivende påstår, at et produkt kan gøre det lettere at vinde i hasardspil, giver det forbrugeren en opfattelse af, at han kan påvirke udfaldet i positiv retning ved at købe produktet. Hasardspil er imidlertid kendetegnet ved, at udfaldet afgøres af tilfældigheder. Når udfaldet er vilkårligt, er det i princippet ikke muligt at påvirke det. Forbrugeren vildledes derfor om produktets formålstjenlighed. Når vedkommende påstand er direkte rettet mod forbrugerens spillelyst, gør det ham mere sårbar, fordi det let kan få ham til at træffe sin beslutning på et usagligt grundlag i håbet om bedre gevinstchancer.

68 — Jf. punkt 85 i mit forslag til afgørelse i Plus-sagen, nævnt ovenfor i fodnote 20.

køberen herved loves en større vinderchance. Den forbruger, der gerne vil være med til at vælge »årets fodboldspiller«, har flere muligheder for at deltage og behøver ikke nødvendigvis at købe den omhandlede avis for at gøre det. Det antydes ikke og fremgår heller ikke af en objektiv vurdering, at forbrugerens gevinstchancer er mindre end andre deltageres, hvis han vælger at deltage på en anden måde end ved at købe den omhandlede avis.

Vildledende og aggressiv handelspraksis i henhold til direktivets artikel 5, stk. 4

85. Det er tvivlsomt, om den handelspraksis, der forbydes i UWG's § 9, stk. 1, kan betragtes som vildledende eller aggressiv i henhold til direktivets artikel 5, stk. 4, hvilket den østrigske regering har gjort gældende. Regeringen mener også, at den omtvistede lovgivning gennemfører direktivets artikel 6, stk. 1, litra d), og dets artikel 8 og 9 [69].

Vildledende handelspraksis i henhold til direktivets artikel 6 og 7

86. Vildledende handelspraksis kendetegnes, som det kan udledes af direktivets artikel 6 og 7, især ved, at der afgives urigtige oplysninger om væsentlige egenskaber ved et produkt. Prisen er ifølge direktivets artikel 6, stk. 1, litra d), en af de væsentlige egenskaber ved et produkt.

87. I Oosthoek's Uitgeversmaatschappij-dommen [70], som den østrigske regering har påberåbt sig, og hvor det skulle afgøres, om et nederlandsk forbud mod tilgift var foreneligt med den frie bevægelighed for varer, bemærkede Domstolen, at »gavetilbud som salgsfremmende middel kan vildlede forbrugerne med hensyn til varernes reelle pris og fordreje konkurrenceforholdene, som er baseret på konkurrencedygtighed«. Domstolen sluttede heraf, at »[e]n lovgivning, som af denne grund begrænser eller endog forbyder en sådan handelspraksis, er følgelig egnet til at bidrage til beskyttelsen af forbrugerne og til at fremme god handelsskik«.

88. Disse bemærkninger, der blev fremsat længe før vedtagelsen af direktiv 2005/29, er stadig aktuelle, eftersom der egentlig efter en korrekt fortolkning af de ovenfor citerede passager henvises til den abstrakte risiko, som

69 — Jf. punkt 55 på s. 21 i den østrigske regerings skriftlige indlæg.

70 — Dom af 15.12.1982, sag 286/81, Oosthoek's Uitgeversmaatschappij, Sml. s. 4575, præmis 18.

er forbundet med samlede tilbud, nemlig at de enkelte produkters værdi ikke fremgår tilstrækkelig klart. Det ses af verbet »kan«, der optræder i den første sætning. Domstolen har derfor indirekte lagt til grund, at det er nødvendigt at vurdere den konkrete handelspraksis i det enkelte tilfælde, hvilket fællesskabslovgiver også har krævet i direktiv 2005/29.

89. Det fremgår i øvrigt tydeligt af den nævnte dom, at Domstolen kun tog stilling til, om det omhandlede nederlandske forbud mod tilgift var foreneligt med de frie varebevægelser med hensyn til sit særlige lovgivningsmæssige udformning. Det er derfor ikke muligt uden videre at overføre Domstolens konklusioner på hovedsagen. Argumentet om, at enhver anvendelse af tilgift, uanset hvordan denne tilgift er udformet, er potentielt vildledende, er på denne baggrund grundløst.

90. Følgelig kan den omtvistede lovgivning efter den indskrænkende fortolkning, der er fastlagt i østrigsk retspraksis, ikke anses for forenelig med direktivets artikel 6, stk. 1, litra d).

Aggressiv handelspraksis i henhold til direktivets artikel 8

91. Det er heller ikke muligt generelt at klassificere tilgift som en aggressiv handelspraksis, eftersom dette ifølge direktivets artikel 8 kræver, at gennemsnitsforbrugerens valgfrihed eller adfærd i forbindelse med produktet påvirkes, bl.a. ved chikane, tvang eller vold.

92. Det er imidlertid ikke et typisk kendetegn for tilgift og forekommer heller ikke i hovedsagen. Selv om der anlægges en indskrænkende fortolkning, er den omtvistede lovgivning således ikke i overensstemmelse med direktivets artikel 8.

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

93. 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 økonomiske adfærd i forhold til produktet hos gennemsnitsforbrugeren. Med henblik herpå

skal betingelserne i artikel 5, stk. 2, litra a) og b), være opfyldt samtidigt [71].

94. Undersøgelsen af, om UWG's § 9a, stk. 1, nr. 1), er forenelig med artikel 5, stk. 2, i direktiv 2005/29, sker i to trin. Det skal først efterprøves, om der i betragtning af ovennævnte indskrænkende fortolkning opstilles de samme retlige krav for et forbud i bestemmelsen i UWG's § 9a, stk. 1, nr. 1), som der opstilles i direktivet. Hvis det er tilfældet, skal det undersøges, om denne nationale bestemmelse udelukkende omfatter de former for praksis, der betragtes som urimelige i henhold til artikel 5, stk. 2.

Spørgsmålet, om gennemsnitsforbrugerens adfærd vil kunne forvrides væsentligt

Overensstemmelsen med hensyn til de retlige krav

95. Indholdsmæssigt er der i hvert fald stor overensstemmelse mellem den omtvistede lovgivning og reglerne i direktiv 2005/29 hvad angår kravet i artikel 5, stk. 2, litra b), eftersom det også efter de østrigske retsinstansers indskrænkende fortolkning er en betingelse for, at en tilgift er ulovlig som omhandlet i UWG's § 9a, stk. 1, at annonceringen heraf, tilbuddet herom eller ydelsen heraf er »objektivt egnet til at påvirke den pågældende forbruger«. Den forelæggende ret har i øvrigt selv henvist til muligheden for at omfortolke denne betingelse, der er opstillet i østrigsk retspraksis, i overensstemmelse med artikel 5, stk. 2, litra b) [72]. Det giver ikke anledning til betænkeligheder, for så vidt som det i det væsentlige enslydende nationale krav tillægges den samme betydning som i fællesskabsretten.

Overensstemmelsen med hensyn til anvendelsesområdet

96. Ved »væsentlig forvridning af forbrugernes økonomiske adfærd« som omhandlet i artikel 2, litra e), forstås i henhold til den retlige definition heri »anvendelse af en handelspraksis, som mærkbart indskrænker forbrugerens evne til at træffe en informeret beslutning,

71 — Jf. i denne retning G. Abbamonte, nævnt ovenfor i fodnote 57, s. 21, J. Massaguer, *El nuevo derecho contra la competencia desleal — La Directiva 2005/29/CE sobre las Prácticas Comerciales Desleales*, Cizur Menor, 2006, s. 58, og N. Maione, »Le pratiche commerciali sleali nella direttiva 2005/29/CE«, *Lezioni di diritto privato europeo*, 2007, s. 1068.

72 — Jf. s. 10 i forelæggelsesafgørelsen.

hvorved forbrugeren træffer en transaktionsbeslutning, som han ellers ikke ville have truffet«. Denne bestemmelse tager sigte på at beskytte forbrugerens beslutningsfrihed [73].

97. Selv om den forelæggende ret med det præjudicielle spørgsmål generelt ønsker oplyst, om UWG's § 9a, stk. 1, nr. 1), er forenelig med direktivet, er denne bestemmelses forenelighed kun afgørende for hovedsagens udfald med hensyn til sammenknytningen af tidsskrifter og præmiekonkurrencer og ikke med hensyn til alle de situationer, der er omfattet af bestemmelsen (tidsskrifter og præmier). Parterne har i deres indlæg også fremhævet disse meget specielle former for koblingssalg, der ikke er uproblematiske set ud fra et forbrugerbeskyttelsessynspunkt. Det er på den baggrund tilstrækkeligt at fokusere på denne konkrete handelspraksis' konsekvenser for forbrugernes adfærd i det følgende.

98. Den østrigske regering anser det ovennævnte krav for at være opfyldt, når varer knyttes sammen med præmiekonkurrencer [74]. Den har forklaret, at chancen for gevinst netop i forbindelse med periodiske tryksager, der sælges til en forholdsvis lav stykpris, som det er tilfældet i hovedsagen, vil få forbrugeren til at købe hovedvaren på et usagligt grundlag. Udsigten til at deltage gratis i en præmiekonkurrence og chancen for at vinde en uforholdsmæssig stor præmie kan i så fald forvride forbrugerens købsadfærd i mediesektoren i væsentlig grad.

99. Jeg er enig med den østrigske regering i, at anvendelsen af præmiekonkurrencer i reklamebranchen absolut kan vække den menneskelige spillelidenskab. Som jeg allerede har nævnt i mit forslag til afgørelse i Plus-sagen [75], udøver sådanne spil ikke mindst på grund af udsigten til i visse tilfælde 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

73 — Men ikke forbrugerens økonomiske interesse. Ifølge G. Abbamonte, nævnt ovenfor i fodnote 57, s. 23, tager denne bestemmelse udgangspunkt i den generelle antagelse, at urimelig handelspraksis normalt forvrider forbrugernes præferencer ved at påvirke deres beslutningsfrihed og -evne. Forbrugerne køber derfor varer, som de ikke har brug for, eller som de i modsat fald — uden påvirkningen — havdetillagt 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.

74 — Jf. punkt 51 på s. 20 i den østrigske regerings skriftlige indlæg.

75 — Nævnt ovenfor i fodnote 20, punkt 93.

sådan handelspraksis under visse omstændigheder kan forvride forbrugerens købsadfærd i mediesektoren i væsentlig grad, kan derfor generelt set ikke afvises.

100. Det er imidlertid uklart, om en sådan generel synsvinkel umiddelbart stemmer overens med fællesskabsrettens krav, eftersom direktiv 2005/29 som ovenfor nævnt for det første forlanger, at de nationale domstole og myndigheder tager fuld højde for omstændighederne i den enkelte sag, når de skal afgøre, om en handelspraksis er urimelig [76], og for det andet undersøger den pågældende reklameforanstaltnings virkning ud fra, hvordan den opleves af en gennemsnitsforbruger eller et gennemsnitligt medlem af en gruppe af forbrugere.

101. Som det fremgår af 18. betragtning, svarer begrebet gennemsnitsforbruger, der er anvendt i direktiv 2005/29, nøje til den forestilling, der er skabt i Domstolens praksis, af en forbruger [77], som under hensyntagen til »sociale, kulturelle og sproglige forhold« er »almindeligt oplyst, rimeligt opmærksom og velunderrettet«. I 18. betragtning, næstsidste punktum, præciseres det, at begrebet gennemsnitsforbruger »ikke [er] et statistisk begreb«. Der stilles desuden krav om, at »[n]ationale domstole og myndigheder […] selv, under hensyn til Domstolens retspraksis, [foretager] en vurdering med henblik på at bestemme gennemsnitsforbrugerens typiske reaktion i et givet tilfælde«.

102. Den metode, som Domstolen har udviklet for at undersøge, hvilke virkninger en reklameforanstaltning har for en gennemsnitsforbruger, bygger på proportionalitetsprincippet. Formålet med den er at finde den rette balance mellem hensynet til forbrugerbeskyttelsen og behovet for at fremme de frie varebevægelser i et indre marked med fri konkurrence. Fællesskabslovgiver har kodificeret metoden ved direktiv 2005/29, hvori denne undersøgelse i overensstemmelse med

76 — Jf. punkt 76-78 i dette forslag til afgørelse.

77 — Jf. vedrørende forestillingen om den typiske forbruger i Domstolens praksis dom af 16.1.1992, C-373/90, X, Sml. I, s. 131, præmis 15 og 16, af 16.7.1998, sag C-210/96, Gut Springenheide og Tusky, Sml. I, s. 4657, præmis 31, af 4.5.1999, forenede sager C-108/97 og C-109/97, Windsurfing Chiemsee, Sml. I, s. 2779, præmis 29, af 13.1.2000, sag C-220/98, Estée Lauder, Sml. I, s. 117, præmis 27, af 21.6.2001, sag C-30/99, Kommissionen mod Irland, Sml. I, s. 4619, præmis 32, af 24.10.2002, sag C-99/01, Linhart og Biffl, Sml. I, s. 9375, præmis 31, og af 8.4.2003, sag C-44/01, Pippig Augenoptik, Sml. I, s. 3095, præmis 55, domme af 12.2.2004, sag C-363/99, Koninklijke KPN Nederland, Sml. I, s. 1619, præmis 77, og sag C-218/01, Henkel, Sml. I, s. 1725, præmis 50, samt dom af 9.3.2006, sag C-421/04, Matratzen Concord, Sml. I, s. 2303, præmis 24, og af 19.9.2006, sag C-356/04, Lidl Belgium, Sml. I, s. 8501, præmis 78.

Domstolens praksis overlades til de nationale domstole og myndigheder. Det skal sikre, at de enkelte medlemsstater ikke vurderer den samme handelspraksis forskelligt, og forbedre retssikkerheden for forbrugerne og konkurrenterne [78].

103. Når der tages udgangspunkt i en »almindeligt oplyst, rimeligt opmærksom og velunderrettet gennemsnitsforbruger«, skal det i retlig henseende forstås således, at der for at sikre et rimeligt forhold mellem de to målsætninger skal stilles tilsvarende høje krav til opfyldelsen af betingelsen i artikel 5, stk. 2, litra b). Det kan derfor ikke antages, at enhver handelspraksis, som vil kunne påvirke købsbeslutningen, opfylder denne betingelse. Det forudsættes tværtimod i fællesskabsretten, at forbrugeren er i stand til at indse, at visse former for handelspraksis medfører en potentiel risiko, og til at optræde tilstrækkelig rationelt [79]. Rent lovgivningsmæssigt er dette også logisk, hvis man ikke mener, at enhver form for reklame, der måske kan virke provokerende, men generelt anses for uskadelig, er urimelig og derfor bør forbydes [80].

104. Som sagsøgte i hovedsagen efter min opfattelse med rette har forklaret [81], er en gennemsnitsforbruger i vore dage som regel klar over, at hensigten med reklame og salgsfremmende foranstaltninger i en fri markedsøkonomi ikke kun er at lokke kunder til ved hjælp af varens pris og kvalitet, men også at stille en lang række yderligere fordele i udsigt. Disse fordele kan være af følelsesmæssig art, hvilket bl.a. gælder for reklame, der spiller på følelsen af frihed og uafhængighed eller tilhørsforholdet til en bestemt social gruppe, eller der kan være tale om yderligere fordele, der har et klart økonomisk sigte, såsom tilgift. Det er derfor logisk, at en sådan almindeligt oplyst, rimeligt opmærksom og velunderrettet

78 — G. Abbamonte, nævnt ovenfor i fodnote 57, s. 25, har påpeget, at fællesskabslovgiver ved direktiv 2005/29 har kodificeret denne metode, der ikke blev anvendt af domstolene i visse medlemsstater. Forfatteren mener, at det mindsker risikoen for, at den samme handelspraksis vurderes forskelligt inden for Den Europæiske Union, og øger retssikkerheden. Jf. ligeledes A. Wiebe, nævnt ovenfor i fodnote 38, s. 75, og 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. 311. S. Weatherill, nævnt ovenfor i fodnote 58, s. 135, udtaler, at det ganske vist kan virke kunstigt at tage udgangspunkt i en gennemsnitsforbruger, når forbrugerne handler så forskelligt, men at det er nødvendigt for at sikre velfungerende harmoniserede lovrammer.

79 — H. Lecheler har i »Verbraucherschutz« i *Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts* (udgivet af Manfred Dauses), bind 2, München, 2004, H.V, punkt 27, s. 11, fortolket Domstolens praksis (jf. punkt 77 i dette forslag til afgørelse) således, at der tages udgangspunkt i en forbruger, som grundlæggende er fornuftig og opmærksom, og som er i stand til at orientere sig og træffe sine egne beslutninger.

80 — N. Maione, nævnt ovenfor i fodnote 71, s. 1068, har således påpeget, at det ikke har været fællesskabslovgivers hensigt at forbyde enhver handelspraksis, der påvirker forbrugerens købsadfærd, men at forbyde praksis, der tilsidesætter den erhvervsmæssige diligenspligt ved at indskrænke forbrugerens beslutningsfrihed.

81 — Jf. s. 10 i det skriftlige indlæg fra sagsøgeren i hovedsagen.

forbruger inden for fællesskabsrettens rammer selv får mulighed for at vælge, om han vil købe et produkt på grund af de fordele, der reklameres med, eller på grund af dets kvalitet, eller fordi det er billigt [82].

forbruger. Det vil i virkeligheden blive opfattet som formynderisk over for forbrugeren [83]. Det vil samtidig begrænse den frie bevægelighed for varer og tjenesteydelser i uforholdsmæssig grad. Et sådant forbud vil således gå ud over, hvad der er nødvendigt for tilgodese forbrugernes interesser og sikre den frie bevægelighed for varer og tjenesteydelser.

Foreløbig konklusion

105. Ethvert principielt retligt forbud bygger på en formodning om, at det er farligt og derfor bør forbydes at knytte en vare sammen med en præmiekonkurrence, uanset hvilken risiko der rent faktisk er forbundet hermed, og hvilken konkret målgruppe der er tale om, hvilket imidlertid strider mod den fællesskabsretlige forestilling om den typiske

106. Det må heraf konkluderes, at forbuddet mod tilgift i UWG's § 9a, stk. 1, nr. 1), efter den indskrænkende fortolkning, der er anlagt i østrigsk retspraksis, beror på en lovgivningsmæssig vurdering, der ikke svarer til reglerne i direktiv 2005/29.

107. Selv om denne konklusion er tilstrækkelig til at besvare det første præjudicielle spørgsmål bekræftende, vil jeg i det følgende som svar på den forelæggende rets og den østrigske regerings bemærkninger subsidiært

82 — Jf. i denne retning også G. Kucsko, nævnt ovenfor i fodnote 39, s. 709, der tvivler på, at den argumentation, der lå til grund for forarbejderne til præmieloven fra 1929 [som forbuddet mod tilgift i UWG's § 9a, stk. 1, nr. 1), kan føres tilbage til], kan tillægges nogen større værdi i dag. Nutidens forbruger er langt mere kritisk og velunderrettet. Reklamebranchen har også ændret sig meget i de seneste årtier. Forbrugeren udsættes i langt højere grad for reklamer, som ikke altid er saglige, og har vænnet sig til det. De forskellige varemærkers »image« fremkalder associationer, der slet ikke har noget med de egentlige produktegenskaber at gøre. Endvidere er forbrugernes kritiske sans generelt blevet skærpet takket være de mange objektive sammenlignende undersøgelser, kontrolmærker, kritiske forbrugertidsskrifter mv. og ikke kun i forhold til de pågældende testprodukter. Nutidens forbruger er derfor bedre rustet til selv at vurdere, om han vil lade sig lokke af usaglige argumenter, eller om han synes, at hovedvarens pris er for høj. I forbindelse med tilgift modtager han i øvrigt en konkret vare eller tjenesteydelse og får ikke kun del i et uhåndgribeligt »image«. Det formynderiske argument om, at det er nødvendigt at beskytte forbrugerne, virker ikke længere overbevisende.

83 — R. Heidinger, nævnt ovenfor i fodnote 17, s. 46, og H. Wittmann, »EuGH: Zugabenverbot vor dem Fall?«, *Medien und Recht*, 6/2008, s. 284, har beskæftiget sig med de forbehold, som den forelæggende ret giver udtryk for i forelæggelsesafgørelsen. De påpeger, at den forestilling om en myndig forbruger, der ligger til grund for artikel 5, stk. 2, i direktiv 2005/29, taler imod, at der foreligger en urimelig handelspraksis i hovedsagen. En så vidtgående forbrugerbeskyttelse vil ikke være forenelig med forestillingen om en myndig forbruger, for hvem det grundlæggende må stå frit også at træffe sine økonomiske beslutninger ud fra usaglige bevæggrunde.

undersøge, om den omtvistede lovgivning opfylder de øvrige betingelser i direktivets artikel 5, stk. 2.

Tilsidesættelse af den erhvervsmæssige diligenspligt

108. Det er en klar forskel i forhold til direktivets regler, at der i den omtvistede bestemmelse selv efter en indskrænkende fortolkning ikke findes noget modstykke til den væsentlige betingelse om tilsidesættelse af den erhvervsmæssige diligenspligt, der er indeholdt i direktivets artikel 5, stk. 2, litra a).

109. Den østrigske regering har i denne sammenhæng anført, at kravet om erhvervsmæssig diligenspligt ligger underforstået i den omtvistede lovgivning, eftersom den har til formål at beskytte konkurrencen mod risikoen for, at der sker en udnyttelse af forbrugernes spilletrang. Det påhviler retsinstanserne at efterprøve fra sag til sag, om den erhvervsmæssige diligenspligt er overholdt, set i forhold til de branchespecifikke krav [84]. Den østrigske regering argumenterer for, at den omtvistede nationale lovgivning også har gennemført denne forpligtelse, selv om det er sket ved en korrigerende fortolkning fra den kompetente retsinstans' side.

Overensstemmelsen med hensyn til de retlige krav

110. Disse bemærkninger om den nationale lovgivning virker dog ikke overbevisende. Den forelæggende ret har udtrykkeligt gjort opmærksom på, at de østrigske domstole, modsat hvad der gælder for den tidligere nævnte betingelse om, at der skal foreligge en væsentlig forvridning af forbrugernes adfærd [85], ikke er i stand til at efterprøve, om det er urimeligt at annoncere med, tilbyde eller yde en tilgift, fordi det er i modstrid med kravet om erhvervsmæssig diligenspligt [86]. Den forelæggende ret tvivler derfor på, at et generelt tilgiftsforbud i sin nuværende udformning vil være foreneligt med direktiv 2005/29.

Foreløbig konklusion

111. Den forelæggende rets bemærkninger bekræfter således min opfattelse af, at forbuddet mod tilgift i UWG's § 9a, stk. 1, nr. 1),

84 — Jf. punkt 47 på s. 19 i den østrigske regerings skriftlige indlæg.

85 — Jf. punkt 95 i dette forslag til afgørelse.

86 — Jf. s. 10 i forelæggelsesafgørelsen.

heller ikke overholder direktivets regler hvad angår den betingelse, der er fastsat i artikel 5, stk. 2, litra a). Det fremgår derfor ikke, at den omtvistede lovgivning er i overensstemmelse med de retlige krav i artikel 5, stk. 2, litra a). Det er heller ikke godtgjort, at de østrigske regler om god forretningsskik indeholder andre betingelser, som tilnærmelsesvis svarer til de retlige krav i artikel 5, stk. 2, litra a).

112. Eftersom det allerede på dette grundlag må konkluderes, at den omtvistede lovgivning er uforenelig med artikel 5, stk. 2, i direktiv 2005/29, finder jeg det ikke nødvendigt at efterprøve denne direktivbestemmelse yderligere.

c) Konklusion

113. En national bestemmelse som UWG's § 9a, stk. 1, nr. 1), som efter den gældende fortolkning pålægger et principielt forbud mod tilgift, uden at det er muligt at tage tilstrækkelig hensyn til alle omstændigheder i det konkrete tilfælde, er således ifølge sin natur mere restriktiv og præskriptiv end bestemmelserne i direktiv 2005/29.

114. Det skal i denne forbindelse konkluderes, at UWG's § 9a, stk. 1, nr. 1), vedrører et område, som er omfattet af en fuldstændig harmonisering, og hvor overgangsbestemmelserne i direktivets artikel 3, stk. 5, ikke gælder. Procesdeltagerne har heller ikke godtgjort, at den omtvistede nationale lovgivning henhører under et af de områder, der er nævnt i niende betragtning til direktivet [87]. Undtagelsesbestemmelsen i direktivets artikel 3, stk. 9, finder heller ikke anvendelse.

115. Det principielle forbud mod tilgift i UWG's § 9a, stk. 1, nr. 1), i den ovenfor beskrevne indskrænkende fortolkning medfører i praksis en udvidelse af den i direktivets bilag I indeholdte udtømmende fortegnelse over de former for retspraksis, der er forbudt, hvilket medlemsstaterne imidlertid netop er afskåret fra at gøre i betragtning af den fuldstændige og maksimale harmonisering, der

87 — Som W. Schuhmacher, nævnt ovenfor i fodnote 21, s. 131, ganske rigtig bemærker, opstilles der visse begrænsninger for den fuldstændige harmonisering i niende betragtning til direktiv 2005/29. Ingen af parterne i den foreliggende præjudicielle sag har dog ført direkte bevis for, at disse begrænsninger finder anvendelse i hovedsagen. Det synes ud fra en objektiv betragtning heller ikke at være tilfældet.

er gennemført ved direktiv 2005/29 [88]. 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 den fælles beslutningsprocedure i artikel 251 EF.

116. Jeg må i betragtning af det ovenfor anførte konkludere, at en national bestemmelse som UWG's § 9a, stk. 1, nr. 1), ikke, selv om den fortolkes indskrænkende, er forenelig med reglerne i direktiv 2005/29.

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

117. Den østrigske regering har baseret en del af sin argumentation på visse bestemmelser i Kommissionens forslag til en forordning om salgsfremmende foranstaltninger i det indre marked [89], som er blevet trukket tilbage. Disse bestemmelser vedrører bl.a. tilbud om gratis gaver eller tilgift eller muligheden for at deltage i salgsfremmende konkurrencer eller salgsfremmende spil. Den østrigske regering mener, at det kan konkluderes af den omstændighed, at forslaget til forordning om salgsfremmende foranstaltninger blev trukket tilbage, at det område, der skulle have været omfattet af dette forslag, fortsat ikke er reguleret og ikke falder ind under direktiv 2005/29.

118. I mine forslag til afgørelser i VTB-VAB og Galatea-sagen [90] samt i Plus-sagen [91] har jeg allerede gjort udførligt rede for, hvilke følger tilbagetrækningen af dette kommissionsforslag har for den retlige behandling af tilgift. Den belgiske og tyske regering havde i det væsentlige fremført de samme argumenter i disse sager. Jeg forklarede i forslagene, hvorfor det hverken på grundlag af Kommissionens forslag til en forordning om salgsfremmende foranstaltninger i det indre marked eller af de ændringsforslag, der blev fremsat inden for rammerne af lovgivningsproceduren, var muligt at drage konklusioner med henblik på en fortolkning af direktiv 2005/29.

88 — G. Abbamonte, nævnt ovenfor i fodnote 57, s. 21, påpeger, at medlemsstaterne ikke selv må udvide den udtømmende fortegnelse over former for forbudt handelspraksis, der findes i bilag I til direktiv 2005/29. Hvis de havde lov til det, ville det resultere i en omgåelse af den maksimale harmonisering, der tilsigtes med direktivet, hvilket ville hindre formålet om retssikkerhed. B. Keirsbilck, nævnt ovenfor i fodnote 14, s. 522, har som udtømmende betegnet fortegnelsen i bilag I over de former for handelspraksis, der er forbudt.

89 — Kommissionens forslag af 15.1.2002 til forordning om salgsfremmende foranstaltninger i det indre marked, KOM(2001) 546 endelig.

90 — Nævnt ovenfor i fodnote 15, punkt 90-94.

91 — Nævnt ovenfor i fodnote 20, punkt 106-111.

119. Det nævnte forslag vedrører således en fællesskabsretsakt, som i sidste instans aldrig er trådt i kraft og derfor aldrig er blevet en del af fællesskabslovgivningen. Det kan hermed ikke uden videre inddrages som et fortolkningselement. Det gælder især, når Kommissionen selv vælger at trække sit forslag tilbage, hvilket var tilfældet med det nævnte forordningsforslag. Der gøres opmærksom på, at Kommissionen har initiativret og således har mulighed for at trække sine forslag tilbage. Det må heller ikke glemmes, at disse forslag er af begrænset fortolkningsmæssig værdi, fordi Rådet og Parlamentet kan fremsætte talrige ændringer til dem under lovgivningsproceduren [92]. Det er således kun muligt at gisne om, hvordan den endelige udformning af en sådan forordning bliver. Et forslag af denne art kan derfor ikke skabe en berettiget forventning.

120. En medlemsstat kan i hvert fald ikke med føje påberåbe sig beskyttelsen af en berettiget forventning, når den deltog til fulde i begge lovgivningsprocedurer. Lovgivningsprocedurerne i forbindelse med forordningen og direktiv 2005/29 forløb til dels samtidig. I sin egenskab af forfatningsmæssig repræsentant for en medlemsstat, der er repræsenteret i Rådet, deltog den østrigske regering til fulde i begge lovgivningsprocedurer og var således til stadighed informeret om deres forløb. Den kan derfor ikke gyldigt påberåbe sig manglende kendskab til forløbet af de to lovgivningsprocedurer.

121. Domstolen har understreget det særlige ansvar, som påhviler medlemsstaternes regeringer, der er repræsenteret i Rådet, ved gennemførelsen af direktiver. Domstolen har således af den omstændighed, at disse deltager i det forberedende arbejde med udformningen af direktiverne, sluttet, at de må være i stand til at udfærdige de lovbestemmelser, der er nødvendige til gennemførelsen, inden for den fastsatte frist [93].

122. Senest på tidspunktet for tilbagetrækningen af Kommissionens forslag [94] skulle den østrigske regering hermed i givet fald

92 — Jf. punkt 83 i mit forslag til afgørelse af 29.10.2009 i den verserende sag C-484/08, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid. Jf. i denne retning K. Riesenhuber, »Die Auslegung« i *Europäische Methodenlehre*, Berlin, 2006, s. 257, punkt 31. Forfatteren udtaler, at den historiske fortolkning, hvor der fokuseres på den historiske baggrund og forarbejderne til nye retsforskrifter, spiller en central rolle i europæisk privatret. Hvis fortolkningen har til formål at præcisere lovgivers hensigt, skal det først afgøres, hvis hensigt der er tale om. Den demokratiske legitime lovgiver vil altid være de lovgivende organer, der træffer afgørelse om den konkrete retsforskrift. Der findes andre organer, som kun afgiver udtalelser, og Kommissionen har også kun initiativret og mulighed for at trække forslag tilbage. Dens forslag kan ændres efter behov under lovgivningsproceduren. Hvis Kommissionens forslag og ønsker ikke følges, kan der i givet fald drages en modsætningsslutning (men det behøver ikke at ske).

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

94 — 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« af 27.9.2005, KOM(2005) 462 endelig, s. 10.

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 [95]. På baggrund af, at tilbagetrækningen skete på et tidspunkt, hvor fristen for gennemførelse af direktivet stadig løb, påhvilede det den østrigske lovgiver at tage hensyn hertil ved tilpasningen af den nationale lovgivning.

123. Det skal endelig understreges, at Domstolen i VTB-VAB og Galatea-dommen ikke tog stilling til den næsten identiske argumentation, som den belgiske regering havde fremført, og dermed indirekte tilkendegav sin uenighed i denne tankegang. Det blev senere bekræftet i Plus-dommen [96].

124. Dette argument må således forkastes.

5. Konklusioner

125. Det må heraf konkluderes, at den omstændighed, at den omtvistede nationale lovgivning, der er udformet som et principielt forbud, har en normativ struktur, der ikke i samme udstrækning som direktiv 2005/29 gør det muligt at vurdere fra sag til sag, om den konkrete handelspraksis er rimelig, peger i retning af, at den strider mod reglerne i dette direktiv [97].

126. Det må endvidere fastslås, at den omtvistede nationale lovgivning ikke, selv om den fortolkes indskrænkende ifølge østrigsk retspraksis, kan betragtes som en korrekt gennemførelse af bestemmelserne i direktivets artikel 5, stk. 2, 4 og 5. Det skyldes, at betingelserne i den nationale lovgivning ikke svarer til de betingelser, der ifølge direktivet skal være opfyldt, for at en handelspraksis kan betegnes som urimelig, eller at de ikke kan fortolkes i overensstemmelse med direktivet.

95 — Jf. også J. Stuyck, nævnt ovenfor i 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 instans alligevel indgik i direktiv 2005/29 (i betragtning af målet om en fuldstændig harmonisering).

96 — Jf. Plus-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 5, præmis 33.

97 — Jf. punkt 76-79 i dette forslag til afgørelse.

127. Når direktiv 2005/29 er til hinder for et forbud mod tilgift som det, der er fastsat i UWG's § 9a, stk. 1, nr. 1), er det ikke nødvendigt at undersøge nærmere, om de grundlæggende friheder er tilsidesat [98].

128. Det første præjudicielle spørgsmål bør på dette grundlag besvares med, at bestemmelserne i direktiv 2005/29EF er til hinder for en national lovgivning, hvorefter det er ulovligt at annoncere, tilbyde eller yde vederlagsfri tilgift til periodiske tryksager samt annoncere vederlagsfri tilgift til andre varer eller tjenesteydelser med undtagelse af tilfælde, der er opregnet udtømmende, uden at det fra sag til sag skal efterprøves, hvorvidt denne handelspraksis har en vildledende aggressiv eller på anden måde urimelig karakter, også når denne lovgivning ikke kun tjener til beskyttelsen af forbrugere, men også tjener andre formål, som ikke er omfattet af direktivets anvendelsesområde, såsom opretholdelsen af et alsidigt presseudbud og beskyttelsen af svagere konkurrenter.

129. Det skal endelig i denne sammenhæng påpeges, at det, modsat hvad den forelæggende ret synes at antage [99], efter Domstolens praksis [100] ikke kræves i fællesskabsretten, at nationale domstole i en tvist mellem privatpersoner undlader at anvende bestemmelser i national ret, som ikke er forenelige med direktivet.

C — *Det andet præjudicielle spørgsmål*

130. Det andet præjudicielle spørgsmål kan med rimelighed fortolkes således, at det i det væsentlige sigter mod at lade Domstolen afgøre, om en bestemt handelspraksis under visse omstændigheder, som den forelæggende ret tydeligvis mener er til stede, kan betragtes som »urimelig« som omhandlet i artikel 5, stk. 2, i direktiv 2005/29. Rent konkret går den forelæggende ret i sin redegørelse ud fra, at »den med købet af en avis forbundne mulighed for at deltage i en præmiekonkurrence i hvert fald for en del af den pågældende kundekreds udgør om ikke den eneste så den udslagsgivende grund til at købe avisen«.

98 — Jf. VTB-VAB og Galatea-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 4, præmis 67.

99 — Jf. punkt 2.2 på s. 13 i forelæggelsesafgørelsen. Den forelæggende ret går heri efter eget udsagn ud fra, at der ikke skal tages hensyn til UWG's § 9a, stk. 1, nr. 1), hvis Domstolen skulle besvare det første præjudicielle spørgsmål bekræftende.

100 — Jf. vedrørende direktivers direkte horisontale virkning Marleasing-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 64, præmis 6, og Faccini Dori-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 64, præmis 24 ff., samt dom af 26.9.2000, sag C-443/93, Unilever Italia, Sml. I, s. 7535, præmis 50. Jf. vedrørende muligheden for, at en medlemsstat ifalder fællesskabsretligt erstatningsansvar, såfremt nationale regler ikke kan fortolkes som værende i overensstemmelse med direktivet, dom af 8.10.1996, forenede sager C-178/94, C-179/94 og C-188/94 – C-190/94, Dillenkofer m.fl., Sml. I, s. 4845, af 24.9.1998, sag C-111/97, EvoBus Austria, Sml. I, s. 5411, præmis 27 og 28, og af 28.10.1999, sag C-81/98, Alcatel Austria, Sml. I, s. 7671, præmis 49 og 50.

Dette forhold er især relevant for spørgsmålet, om der foreligger en væsentlig forvridning af gennemsnitsforbrugerens økonomiske adfærd i henhold til direktivets artikel 5, stk. 2, litra b).

131. Det præciseres i direktivets artikel 5, stk. 2, litra b), at det afgørende er, hvordan den pågældende handelspraksis påvirker adfærden hos gennemsnitsforbrugeren, som bliver genstand for den, eller som den er rettet mod. Denne bestemmelse i direktivet gengiver imidlertid ikke bare den undersøgelsesmetode, som Domstolen har udviklet, men forfiner den ved at tilpasse den til situationer, hvor særlige gruppers interesser er berørt [101]. Hvis den pågældende handelspraksis er rettet mod en særlig gruppe af forbrugere, er det afgørende, om denne handelspraksis væsentligt forvrider eller kan forventes væsentligt at forvride den økonomiske adfærd hos et gennemsnitligt medlem af denne gruppe. Undersøgelsen skal ske med udgangspunkt i denne gennemsnitsforbruger og under hensyntagen til hans forventninger og sandsynlige reaktioner [102].

132. Eftersom det er klart, at den opfordring til at deltage i en præmiekonkurrence, som sagsøgte i hovedsagen kom med i sin avis, blev bragt i en almindelig avis og ikke i et sportsblad, påhviler det den nationale ret at efterprøve, om dette tilbud i givet fald var rettet mod en særlig læserskare, og det derfor er det andet kriterium, som skal tages i brug.

133. Desuagtet skal der mindes om, at det ikke kan konkluderes, at en handelspraksis er urimelig som omhandlet i artikel 5, stk. 2, medmindre betingelserne i både litra a) og litra b) er opfyldt [103]. Kravet om erhvervsmæssig diligenspligt skal som følge heraf også være tilsidesat i hovedsagen. Begrebet »erhvervsmæssig diligenspligt« er i direktivets artikel 2, litra h), defineret 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«. Det er den nationale ret, der skal undersøge nærmere, om der foreligger en sådan tilsidesættelse i hovedsagen.

134. Det andet præjudicielle spørgsmål bør derfor besvares med, at den med købet af en avis forbundne mulighed for at deltage i en præmiekonkurrence ikke er en urimelig handelspraksis som omhandlet i artikel 5, stk. 2, i direktiv 2005/29, alene fordi denne mulighed for deltagelse, i hvert fald for en del af den pågældende kundekreds, udgør om ikke den eneste så den udslagsgivende grund til at købe avisen.

101 — Jf. i denne retning også G. Abbamonte, nævnt ovenfor i fodnote 57, s. 25, som taler om en forfining af denne undersøgelsesmetode, der nuanceres, når særlige gruppers interesser er berørt.

102 — G. Abbamonte, nævnt ovenfor i fodnote 54, s. 25, har givet en række eksempler på anvendelsen af denne bestemmelse. Når en handelspraksis er rettet mod en særlig gruppe af forbrugere, f.eks. børn eller raketteknikere, skal den undersøges med udgangspunkt i et gennemsnitligt medlem af denne gruppe. Hvis der er tale om en legetøjsreklame, der vises i forbindelse med en børneudsendelse, skal man efter forfatterens mening tage udgangspunkt i forventningerne og de sandsynlige reaktioner hos et gennemsnitligt barn i denne målgruppe og se bort fra de forventninger og reaktioner, som et barn, der er mindre modent end de øvrige, måtte have.

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

VII — Forslag til afgørelse

135. I betragtning af det anførte foreslår jeg Domstolen at besvare Oberster Gerichtshofs præjudicielle spørgsmål på følgende måde:

»1) Bestemmelserne 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 og Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EF) nr. 2006/2004 (direktivet om urimelig handelspraksis) skal fortolkes således, at de er til hinder for en national lovgivning som UWG's § 9a, stk. 1, nr. 1), hvorefter det er ulovligt at annoncere, tilbyde eller yde vederlagsfri tilgift til periodiske tryksager samt annoncere vederlagsfri tilgift til andre varer eller tjenesteydelser med undtagelse af tilfælde, der er opregnet udtømmende, uden at det fra sag til sag skal efterprøves, hvorvidt denne handelspraksis har en vildledende, aggressiv eller på anden måde urimelig karakter, også når denne lovgivning ikke kun tjener til beskyttelsen af forbrugere, men også tjener andre formål, som ikke er omfattet af direktivets anvendelsesområde såsom opretholdelsen af et alsidigt presseudbud og beskyttelsen af svagere konkurrenter.

2) Den med købet af en avis forbundne mulighed for at deltage i en præmiekonkurrence er ikke en urimelig handelspraksis som omhandlet i artikel 5, stk. 2, i direktiv 2005/29, alene fordi denne mulighed for deltagelse, i hvert fald for en del af den pågældende kundekreds, udgør om ikke den eneste så den udslagsgivende grund til at købe avisen.«