CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL
V. TRSTENJAK
van 24 maart 2010[1]

Inhoud

I — Inleiding ..... I - 10913

II — Rechtskader ..... I - 10914

A — Gemeenschapsrecht ..... I - 10914

B — Nationaal recht ..... I - 10916

III — Feiten, hoofdgeding en prejudiciële vraag ..... I - 10917

IV — Procesverloop voor het Hof ..... I - 10918

V — Voornaamste argumenten van partijen ..... I - 10919

A — De eerste prejudiciële vraag ..... I - 10919

B — De tweede prejudiciële vraag ..... I - 10921

VI — Juridische beoordeling ..... I - 10922

A — Inleidende opmerkingen ..... I - 10922

B — De eerste prejudiciële vraag ..... I - 10923

1. Het begrip „handelspraktijken" in artikel 2, sub d, van richtlijn 2005/29 .. I- 10924

2. De personele werkingssfeer van richtlijn 2005/29 ..... I - 10924

a) De werkingssfeer van richtlijn 2005/29 ..... I - 10925

1 — Oorspronkelijke taal: Duits.

b) De beschermingsdoelstelling van het verbod van § 9a, lid 1, sub 1, UWG ..... I - 10928

i) Verschillende weging van de diverse beschermde belangen ..... I - 10928

ii) Bestudering van de toepasselijke nationale bepalingen en rechtspraak ..... I - 10930

c) Samenvatting ..... I - 10932

3. Onderzoek van de structuur van beide regelingen ..... I - 10932

a) De voorschriften van richtlijn 2005/29 ..... I - 10932

i) Volledige en maximale harmonisatie van de nationale regelingen als doel van de richtlijn ..... I - 10933

ii) Structuur van de regeling van richtlijn 2005/29 ..... I - 10934

b) De voorschriften van het UWG ..... I - 10935

i) De structuur van het verbod in § 9a, lid 1, sub 1, UWG ..... I - 10936

4. Verenigbaarheid van de litigieuze regeling met richtlijn 2005/29 ..... I - 10937

a) Geschreven nationaal recht ..... I - 10937

i) Omkering van de systematiek van de normstelling ..... I - 10937

ii) De uitzonderingen in § 9a, lid 2, UWG schieten tekort ..... I- 10938

iii) Tussenconclusie ..... I - 10939

b) Mogelijkheid voor een richtlijnconforme uitlegging ..... I - 10940

i) Toetsing aan het criterium van de richtlijnbepalingen ..... I - 10941

— Artikel 5, leden 4 en 5, van richtlijn 2005/29 ..... I - 10941

— Artikel 5, lid 2, van richtlijn 2005/29 ..... I - 10943

c) Conclusie ..... I - 10950

5. Gevolgtrekkingen ..... I - 10953

C — De tweede prejudiciële vraag ..... I - 10954

VII — Conclusie ..... I - 10956

I — Inleiding

1. In de onderhavige prejudiciële procedure krachtens artikel 234 EG [2] stelt het Oberste Gerichtshof van Oostenrijk (hierna: „verwijzende rechter") het Hof van Justitie twee prejudiciële vragen over de uitlegging van richtlijn 2005/29/EG betreffende oneerlijke handelspraktijken op de interne markt [3] (hierna: „richtlijn 2005/29"). Daarbij gaat het in wezen om de vraag naar de verenigbaarheid met het gemeenschapsrecht van een nationale regeling die het aankondigen, aanbieden of verstrekken van geschenken bij kranten en tijdschriften alsook het aankondigen van geschenken bij andere goederen of diensten verbiedt zonder dat het misleidende karakter van deze handelspraktijk in het concrete geval hoeft te worden aangetoond.

2 — De prejudiciële procedure is in het Verdrag van Lissabon tot wijziging van het Verdrag betreffende de Europese Unie en het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap van 13 december 2007 (PB C 306, blz. 1) thans geregeld in artikel 267 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie.

3 — Richtlijn 2005/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 mei 2005 betreffende oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten op de interne markt en tot wijziging van richtlijn 84/450/EEG van de Raad, richtlijnen 97/7/EG, 98/27/EG en 2002/65/EG van het Europees Parlement en de Raad en van verordening (EG) nr. 2006/2004 van het Europees Parlement en de Raad („richtlijn oneerlijke handelspraktijken") (PB L 149, blz. 22).

2. Aan het prejudiciële verzoek ligt een vordering in kort geding van Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co KG (hierna: „verzoekster in het hoofdgeding") ten grondslag, „Österreich"-Zeitungsverlag GmbH (hierna: „verweerster in het hoofdgeding") te veroordelen tot staking van het mededingingsverstorende gebruik van een naar nationaal recht in beginsel verboden voordeel in de vorm van een prijsvraag.

3. De onderhavige zaak is na de gevoegde zaken C-261/07 (VTB-VAB) en C-299/07 (Galatea) [4] alsmede zaak C-304/08 (Plus) [5] reeds de derde in een reeks van prejudiciële verzoeken waarmee nationale rechters het Hof de vraag stellen of nationale verboden op gezamenlijke aanbiedingen verenigbaar zijn met richtlijn 2005/29. Een van de hoofdvragen die de onderhavige zaak onderscheidt van de eerdere zaken en derhalve zorgvuldig onderzocht dient te worden, luidt of een dergelijke verenigbaarheidstoetsing ook mogelijk is als de betrokken nationale regeling de bescherming van de pluriformiteit van de pers en van de concurrenten tot doel heeft.

4 — Arrest van 23 april 2009, VTB-VAB en Galatea (C-261/07 en C-299/07, Jurispr. blz. I-2949).

5 — Arrest van 14 januari 2010, Plus (C-304/08, Jurispr. blz. I-217).

II — Rechtskader

A — *Gemeenschapsrecht*

4. Artikel 1 van richtlijn 2005/29 luidt:

„Het doel van deze richtlijn is om bij te dragen aan de goede werking van de interne markt en om een hoog niveau van consumentenbescherming tot stand te brengen door de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen van de lidstaten inzake oneerlijke handelspraktijken die de economische belangen van de consumenten schaden, te harmoniseren."

5. Artikel 2 van richtlijn 2005/29 bepaalt:

„Voor de toepassing van deze richtlijn wordt verstaan onder:

[...]

d) handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten (hierna ‚de handelspraktijken' genoemd): iedere handeling, omissie, gedraging, voorstelling van

zaken of commerciële communicatie, met inbegrip van reclame en marketing, van een handelaar, die rechtstreeks verband houdt met de verkoopbevordering, verkoop of levering van een product aan consumenten;

[...]"

6. Artikel 3, lid 1, van de richtlijn bepaalt:

„Deze richtlijn is van toepassing op oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten, zoals omschreven in artikel 5, vóór, gedurende en na een commerciële transactie met betrekking tot een product."

7. Artikel 4 van de richtlijn luidt:

„De lidstaten mogen geen beperkingen opleggen aan het vrij verrichten van diensten of aan het vrije verkeer van goederen om redenen die vallen binnen het bij deze richtlijn geharmoniseerde gebied."

8. Artikel 5 van de richtlijn, „Verbod op oneerlijke handelspraktijken", bepaalt:

„(1) Oneerlijke handelspraktijken zijn verboden.

(2) Een handelspraktijk is oneerlijk wanneer zij:

a) in strijd is met de vereisten van professionele toewijding,

en

b) het economische gedrag van de gemiddelde consument die zij bereikt of op wie zij gericht is of, indien zij op een bepaalde groep consumenten gericht is, het economisch gedrag van het gemiddelde lid van deze groep, met betrekking tot het product wezenlijk verstoort of kan verstoren.

(3) Een handelspraktijk die op voor de handelaar redelijkerwijs voorzienbare wijze het economische gedrag van slechts een duidelijk herkenbare groep consumenten wezenlijk verstoort of kan verstoren, namelijk van

consumenten die wegens een mentale of lichamelijke handicap, hun leeftijd of goedgelovigheid bijzonder vatbaar zijn voor die handelspraktijken of voor de onderliggende producten, wordt beoordeeld vanuit het gezichtspunt van het gemiddelde lid van die groep. Dit laat onverlet de gangbare, legitieme reclamepraktijk waarbij overdreven uitspraken worden gedaan of uitspraken die niet letterlijk dienen te worden genomen.

(4) Meer in het bijzonder zijn handelspraktijken oneerlijk die:

a) misleidend zijn in de zin van de artikelen 6 en 7,

of

b) agressief zijn in de zin van de artikelen 8 en 9.

(5) Bijlage I bevat de lijst van handelspraktijken die onder alle omstandigheden als oneerlijk worden beschouwd. Deze lijst is van toepassing in alle lidstaten en mag alleen worden aangepast door wijziging van deze richtlijn."

9. Het aankondigen, aanbieden of verstrekken van geschenken bij kranten en tijdschriften wordt in bijlage I bij de richtlijn niet genoemd als handelspraktijk die onder alle omstandigheden als oneerlijk wordt beschouwd.

B — *Nationaal recht*

10. § 9a, lid 1, van de Oostenrijkse wet inzake oneerlijke mededinging (UWG)[6] luidt als volgt:

„Eenieder die in het handelsverkeer voor mededingingsdoeleinden

1. in openbare bekendmakingen of andere mededelingen die voor een grotere kring van personen zijn bestemd, aankondigt dat hij bij goederen of diensten geschenken (premies) verstrekt aan consumenten, of aan consumenten geschenken (premies) aanbiedt, aankondigt of verstrekt bij kranten en tijdschriften, of

6 — Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb 1984 — UWG, BGBl. Nr. 448, zoals gewijzigd bij de wet van 13 november 2007, BGBl. I Nr. 79/2007.

2. aan ondernemingen geschenken (premies) aanbiedt, aankondigt of verstrekt bij goederen of diensten,

kan een rechtsvordering instellen tot staking van die handelingen alsmede tot betaling van schadevergoeding. Dit geldt eveneens wanneer de kosteloosheid van het voordeel wordt versluierd door totaalprijzen voor goederen of diensten, door symbolische prijzen voor een voordeel of anderszins."

III — Feiten, hoofdgeding en prejudiciële vraag

11. Blijkens de verwijzingsbeslissing gaat het in casu om een geding tussen twee concurrenten op de Oostenrijkse markt van dagbladen. Verweerster in het hoofdgeding heeft in haar dagblad de verkiezing van een „Voetballer van het jaar" aangekondigd. De vetgedrukte inleiding bij het artikel luidde: „Meedoen is lucratief: u wint een diner met de winnaar van de grote voetballerverkiezing". Ter linkerzijde van het artikel bevond zich een „stemcoupon" met het opschrift „Uitknippen en inzenden". Ter rechterzijde werd gewezen op de mogelijkheid om via internet te kiezen. De volgende negen dagen verschenen vergelijkbare artikelen.

12. Op de vordering van verzoekster heeft de rechter van eerste aanleg beslist dat de aankondiging als een verboden geschenk in de zin van § 9a, lid 1, sub 1, UWG dient te worden beschouwd, en heeft bij voorlopige voorziening de vordering tot staking van de aankondiging toegewezen. De rechter in hoger beroep heeft daarentegen beslist dat de aankondiging geen invloed van betekenis heeft op de markt. Verzoekster is hiertegen opgekomen bij de verwijzende rechter en vordert handhaving van de door de rechter van eerste aanleg gegeven voorlopige voorziening. Naar het voorlopig oordeel van de verwijzende rechter moet verzoeksters vordering op grond van § 9a, lid 1, sub 1, UWG worden toegewezen. Hij twijfelt echter of de richtlijn in de weg staat aan toepassing van § 9a, lid 1, sub 1, UWG, hetgeen afhangt van de uitlegging van het toepassingsgebied van de richtlijn.

13. Derhalve heeft het Oberste Gerichtshof de procedure geschorst en het Hof de volgende prejudiciële vragen voorgelegd:

„1) Staan de artikelen 3, lid 1, en 5, lid 5, van richtlijn 2005/29/EG of andere bepalingen van deze richtlijn in de weg aan een nationale regeling die, afgezien van limitatief opgesomde uitzonderingen,

het aankondigen, aanbieden of verstrekken van geschenken bij kranten en tijdschriften alsook het aankondigen van geschenken bij andere goederen of diensten verbiedt zonder dat het misleidende, agressieve of anderszins oneerlijke karakter van deze handelspraktijk in het concrete geval hoeft te worden aangetoond, ook indien deze regeling niet alleen ter bescherming van consumenten dient, maar eveneens ter bereiking van andere doeleinden die niet binnen het materiële toepassingsgebied van de richtlijn vallen, bijvoorbeeld de instandhouding van de pluriformiteit van de pers of de bescherming van zwakkere concurrenten?

2) Wanneer de eerste vraag bevestigend wordt beantwoord: Is de aan de koop van een krant verbonden mogelijkheid om deel te nemen aan een prijsvraag reeds een oneerlijke handelspraktijk in de zin van artikel 5, lid 2, van richtlijn 2005/29/EG omdat deze deelnamemogelijkheid, tenminste voor een deel van de doelgroep, weliswaar niet de enige, maar wel de doorslaggevende reden vormt om de krant te kopen?"

IV — Procesverloop voor het Hof

14. De verwijzingsbeschikking van 18 november 2008 is op 4 december 2008 ingekomen bij de griffie van het Hof.

15. De partijen in het hoofdgeding, de regering van de Republiek Oostenrijk en van het Koninkrijk België alsmede de Europese Commissie hebben schriftelijke opmerkingen ingediend binnen de termijn van artikel 23 van het Statuut van het Hof.

16. Ter terechtzitting, die op 19 januari 2010 heeft plaatsgevonden, zijn de gemachtigden van partijen in het hoofdgeding, de vertegenwoordigers van de regering van de Republiek Oostenrijk en van de Bondsrepubliek Duitsland alsook de vertegenwoordiger van de Commissie gehoord.

V — Voornaamste argumenten van partijen

A — *De eerste prejudiciële vraag*

17. Met zijn eerste vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of een nationale bepaling die de verkoop van goederen in combinatie met geschenken in beginsel verbiedt, binnen de werkingssfeer van richtlijn 2005/29 valt, hoewel deze bepaling niet uitsluitend dient ter bescherming van de consument.

18. *Verzoekster in het hoofdgeding* alsmede de *Oostenrijkse* en de *Belgische regering* geven het Hof in overweging de vraag ontkennend te beantwoorden.

19. In dit verband wijzen zij er enerzijds op dat de verkoopbevordering onderwerp van een ontwerpverordening is geweest waarin een duidelijk onderscheid werd gemaakt tussen de juridische behandeling van dergelijke verkoopbevorderende maatregelen en die van oneerlijke handelspraktijken, welke thans zijn geregeld in richtlijn 2005/29. Dit ontwerp werd evenwel in 2006 door de Commissie ingetrokken, derhalve één jaar nadat de richtlijn was vastgesteld. Om die reden kan naar hun mening niet worden geconcludeerd dat de verkoopbevordering impliciet binnen de werkingssfeer van de richtlijn valt. Verder kan de richtlijn vanwege het feit dat zij blijkens punt 6 van de considerans de economische belangen van de consument rechtstreeks beoogt te beschermen, niet worden toegepast op nationale regelingen als de onderhavige, die primair andere doelen hebben, namelijk de bescherming van concurrenten en de instandhouding van de pluriformiteit van de pers, en slechts indirect de bescherming van de consument.

20. Subsidiair voeren *verzoekster in het hoofdgeding* en de *Oostenrijkse regering* aan dat het in § 9a, lid 1, sub 1, UWG opgenomen verbod van verkoop in combinatie met geschenken in ieder geval verenigbaar is met de richtlijn.

21. Naar hun opvatting is het de lidstaten namelijk op grond van artikel 5, lid 2, van richtlijn 2005/29 toegestaan om handelspraktijken als oneerlijk te beschouwen en derhalve te verbieden, die in strijd zijn met de vereisten van professionele toewijding en het economische gedrag van de gemiddelde consument wezenlijk kunnen verstoren. Het litigieuze nationale verbod geldt echter slechts voor het geval dat de nationale rechter vaststelt dat de consument de krant of het tijdschrift heeft gekocht om niet objectieve, met de kans op mogelijke aanvullende voordelen verband houdende redenen, en voor zover dergelijke voordelen niet vallen onder de in § 9a, lid 2,

UWG genoemde uitzonderingen. Bovendien beoordelen de nationale rechters steeds het concrete geval.

22. Naar de opvatting van *verzoekster in het hoofdgeding* verschilt de Oostenrijkse regeling wezenlijk van de regelingen die het onderwerp waren van de gevoegde zaken C-261/07 (VTB-VAB) en C-299/07 (Galatea) en van de zaak C-304/08 (Plus), aangezien deze algemene verboden bevatten en om die reden geen rekening hielden met de bijzondere omstandigheden van het concrete geval.

23. *Verweerster in het hoofdgeding* voert daarentegen aan dat volgens punt 6 van de considerans slechts die nationale wettelijke bepalingen niet binnen de werkingssfeer van richtlijn 2005/29 vallen, die „alleen" de economische belangen van concurrenten schaden of betrekking hebben op transacties tussen handelaren. Volgens verweerster is dit evenwel duidelijk niet het geval bij de litigieuze regeling, aangezien § 9a, lid 1, sub 1, UWG primair en rechtstreeks de bescherming van de consument tot doel heeft.

24. Verweerster is verder van mening dat het verbod van deze bepaling niet verenigbaar is met de regeling van de richtlijn, want, hoewel de verkoopbevordering door middel van geschenken niet is opgenomen in de lijst van handelspraktijken in bijlage I bij richtlijn 2005/29 die onder alle omstandigheden als oneerlijk dienen te worden beschouwd, valt deze volgens verweerster wel onder het algemene verbod in het Oostenrijkse recht, zoals het Oberste Gerichtshof in zijn verwijzingsbeschikking heeft vastgesteld.

25. De *Duitse regering* heeft in de mondelinge behandeling gerefereerd aan zaak C-304/08 (Plus) en erop gewezen dat de nationale omzettingsmarges niet worden aangetast, niettegenstaande de met richtlijn 2005/29 beoogde volledige harmonisatie. Dit geldt juist ten aanzien van de nationale omzetting van nader in te vullen begrippen zoals voorkomend in de in richtlijn 2005/29 vervatte definities. Verder staat richtlijn 2005/29 volgens de Duitse regering niet in de weg aan een nationale regeling die een ander doel heeft dan de richtlijn.

26. De *Commissie* verkondigt daarentegen een andere rechtsopvatting. Haars inziens staat richtlijn 2005/29 in de weg aan een algemeen en abstract verbod zoals vervat in de litigieuze wettelijke bepaling, maar valt deze bepaling niet binnen de werkingssfeer van de richtlijn, aangezien zij primair andere doelen dient, namelijk de instandhouding van de pluriformiteit van de pers, en slechts in

beperkte mate de bescherming van de consument en de bevordering van de eerlijkheid van het handelsverkeer.

29. *Verzoekster in het hoofdgeding* beperkt zich tot de vaststelling dat de litigieuze handeling van verweerster in het hoofdgeding een oneerlijke handelspraktijk vormt, maar voert geen argumenten hiervoor aan.

30. Naar de opvatting van de *Commissie* geeft het enkele feit dat de mogelijkheid van deelname aan een kansspel de doorslaggevende reden van de consument voor de koop van een krant vormt, geen aanleiding voor de conclusie dat er sprake is van een oneerlijke handelspraktijk in de zin van richtlijn 2005/29, maar is dit slechts één van de omstandigheden die de nationale rechter bij zijn beoordeling van het concrete geval kan meewegen.

B — *De tweede prejudiciële vraag*

27. Indien de eerste prejudiciële vraag door het Hof bevestigend wordt beantwoord, vraagt de verwijzende rechter of de verkoop gecombineerd met geschenken reeds als een oneerlijke handelspraktijk in de zin van artikel 5, lid 2, van richtlijn 2005/29 dient te worden beschouwd omdat deze deelnamemogelijkheid, tenminste voor een deel van de doelgroep, weliswaar niet de enige, maar wel de doorslaggevende reden vormt om het hoofdproduct te kopen.

31. *Verweerster in het hoofdgeding* op haar beurt onderstreept dat het begrip handelspraktijk verwijst naar de gemiddelde consument, die in de rechtspraak van het Hof als „normaal geïnformeerde en redelijk omzichtige en oplettende gemiddelde consument" wordt omschreven. De aldus gekwalificeerde consument is zich bewust van het feit dat reclame en verkoopbevordering in de vrije markteconomie erop gericht zijn klanten te werven, en dit niet alleen door de prijs en kwaliteit van een product, maar ook door andere voordelen in het vooruitzicht te stellen. Om die reden kan de verkoop gecombineerd met geschenken slechts bij uitzondering een oneerlijke handelspraktijk vormen, namelijk wanneer het aanbod zo is vormgegeven dat het de consument ertoe kan verleiden het hoofdproduct niet om objectieve redenen te kopen, maar slechts vanwege de kans op een aanvullend voordeel.

28. Aangezien zowel de *Oostenrijkse* als de *Belgische regering* de eerste prejudiciële vraag ontkennend hebben beantwoord, gaan zij niet in op de tweede prejudiciële vraag, terwijl *verzoekster in het hoofdgeding* en de *Commissie* deze vraag subsidiair wel bespreken.

VI — Juridische beoordeling

A — *Inleidende opmerkingen*

32. De onderhavige zaak is reeds de derde in een reeks van zaken waarin nationale rechters het Hof verzoeken om opheldering van de vraag in hoeverre nationale bepalingen die gezamenlijke aanbiedingen verbieden, nog kunnen worden beschouwd als verenigbaar met het geldende gemeenschapsrecht. Het belang van deze vraag vloeit niet in de laatste plaats voort uit de omstandigheid dat de op 11 mei 2005 door het Europees Parlement en door de Raad vastgestelde richtlijn 2005/29 een uniform rechtskader voor de regeling van oneerlijke handelspraktijken jegens consumenten wil invoeren.

33. Wegens de beoogde volledige harmonisatie van de regels inzake oneerlijke handelspraktijken tussen ondernemingen en consumenten [7] in de lidstaten van de Gemeenschap dient niet alleen de overeenstemming met het gemeenschapsrecht te worden onderzocht van de nieuwe bepalingen die de lidstaten in het kader van de omzetting van de richtlijn hebben vastgesteld, maar ook van die bepalingen die — zoals de litigieuze bepaling in § 9a, lid 1, UWG — weliswaar reeds vóór de vaststelling van de richtlijn bestonden, maar die naar de opvatting van de betrokken lidstaat niettemin een functie hebben in het kader van de omzetting.

34. Gezien de beperkte vrijheid die in de regel voor de lidstaten bij de omzetting van een richtlijn resteert in het geval van een volledige harmonisatie, is de handhaving van dergelijke oudere bepalingen in juridisch opzicht niet steeds zonder problemen. Want hoewel deze uiteindelijk binnen de werkingssfeer van de betrokken richtlijn vallen, komen zij vaak niet overeen met de bepalingen van de richtlijn. Zoals blijkt uit de zaken VTB-VAB en Galatea alsmede uit de zaak Plus, was dit in België [8] en Duitsland [9] aan de orde bij de omzetting van richtlijn 2005/29.

7 — Zie arresten van 23 april 2009, VTB-VAB en Galatea (aangehaald in voetnoot 4, punt 52), en 14 januari 2010, Plus (aangehaald in voetnoot 5, punt 41).
Bij een eventuele verdergaande harmonisatie van de regels inzake oneerlijke mededinging en van het contractenrecht binnen de Europese Unie dient ook rekening te worden gehouden met de bepalingen van het „Draft Common Frame of Reference" (DCFR), aangezien één van de speerpunten ervan juist de bescherming van consumenten is, bijvoorbeeld door te voorzien in bijzondere informatieplichten van de handelaar jegens de consument met betrekking tot de belangrijkste kenmerken van de gekochte goederen en diensten (zie bijvoorbeeld II.-3:102 DCFR). Deze „goede handelspraktijken" zijn in zekere zin de tegenhanger van de in bijlage I van richtlijn 2005/29 opgenomen „verboden handelspraktijken".

8 — Bij de betrokken bepalingen ging het om artikel 54 e.v. van de Belgische wet van 14 juli 1991 betreffende de handelspraktijken en de voorlichting en bescherming van de consument (*Belgisch Staatsblad* van 19 januari 1994).

9 — Daarbij ging het om de §§ 3 en 4, sub 6, van het Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (Duitse wet inzake oneerlijke mededinging) (UWG) (BGBl. I, blz. 1414), laatstelijk gewijzigd bij artikel 1 van de eerste wijzigingswet van 22 december 2008 (BGBl. I, blz. 2949).

35. Richtlijn 2005/29 is blijkens artikel 20 reeds in werking getreden op de dag volgende op de bekendmaking ervan in het *Publicatieblad van de Europese Unie*, derhalve op 12 juni 2005. Op grond van artikel 19, lid 1, van de richtlijn moesten de lidstaten vóór 12 juni 2007 aan de richtlijn voldoen door vaststelling en bekendmaking van de nodige wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen, met een overgangstermijn van zes jaar voor bepaalde strengere nationale regelingen. Deze wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen hoefden echter pas vanaf 12 december 2007 te worden toegepast.

36. De Republiek Oostenrijk heeft aan deze omzettingsverplichting formeel voldaan met de vaststelling van de wet tot wijziging van het Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb 1984 — UWG (wijzigingswet; hierna: „UWG-Novelle 2007"), die op 12 december 2007 in werking is getreden. [10] De litigieuze bepaling, § 9a, lid 1, sub 1, UWG, is weliswaar, zoals reeds vermeld, niet vastgesteld ter uitvoering van richtlijn 2005/29, maar is afkomstig uit een eerdere nationale regeling. [11] In zijn verwijzingsbeschikking uit de verwijzende rechter twijfel aan de verenigbaarheid van deze bepaling met het gemeenschapsrecht. [12]

10 — BGBl. I nr. 79/2007.

11 — Het verbod op geschenken van § 9a UWG, dat oorspronkelijk was geregeld in het Prämiengesetz (wet inzake premies) van 20 juni 1929 (BGBl. 227) en later in het Zugabengesetz 1934 (wet inzake geschenken), werd bij het Wettbewerbs-Deregulierungsgesetz 1992 (mededinging-dereguleringswet) (BGBl. 1992/147) opgenomen in het UWG. Zie met betrekking tot de ontstaansgeschiedenis van deze bepaling Duursma, D., in: *UWG — Kommentar* (ed. Maximilian Gumpoldsberger/Peter Baumann), Wenen 2006, § 9a, sub 1, blz. 276, en Wiltschek, L., *UWG — Kommentar*, 2e druk, Wenen 2007, § 9a, blz. 44.

12 — Zie onder meer blz. 9 en 10 van de verwijzingsbeschikking.

B — *De eerste prejudiciële vraag*

37. Om te beginnen herinner ik eraan dat het Hof in een procedure krachtens artikel 234 EG niet bevoegd is zich uit te spreken over de verenigbaarheid van een nationale maatregel met het gemeenschapsrecht. Het is wel bevoegd de nationale rechter alle uitleggingsgegevens betreffende het gemeenschapsrecht te verschaffen die hem in staat stellen om deze verenigbaarheid te kunnen beoordelen voor de beslissing van de bij hem aanhangige zaak. [13]

38. De eerste prejudiciële vraag strekt ertoe vast te stellen, of richtlijn 2005/29 in de weg staat aan een nationale bepaling als § 9a, lid 1, sub 1, UWG. Daartoe moet in de eerste plaats worden onderzocht of de inhoud van deze bepaling binnen de materiële en personele werkingssfeer van richtlijn 2005/29 valt. Vervolgens moet worden nagegaan of richtlijn 2005/29 aldus moet worden uitgelegd dat de rechtsgevolgen die het Oostenrijkse recht verbindt aan overtreding van deze bepaling, eveneens daaronder vallen.

13 — Zie onder meer arresten van 15 juli 1964, Costa (6/64, Jurispr. blz. 1203, 1220), 29 november 2001, De Coster (C-17/00, Jurispr. blz. I-9445, punt 23), en 16 januari 2003, Pansard e.a. (C-265/01, Jurispr. blz. I-683, punt 18).

1. Het begrip „handelspraktijken” in artikel 2, sub d, van richtlijn 2005/29

39. Volgens de verwijzende rechter verbiedt § 9a, lid 1, sub 1, UWG ondernemingen om jegens consumenten geschenken bij goederen of diensten aan te kondigen. Er dient dus te worden uitgegaan van het bestaan van een verbod op gezamenlijke aanbiedingen.

40. Verder zou dit verbod betrekking moeten hebben op handelspraktijken in de zin van artikel 2, sub d, van richtlijn 2005/29. Deze bepaling definieert het begrip handelspraktijk [14] bijzonder ruim als „iedere handeling, omissie, gedraging, voorstelling van zaken of commerciële communicatie, met inbegrip van reclame en marketing, van een handelaar, die rechtstreeks verband houdt met de verkoopbevordering, verkoop of levering van een product aan consumenten”.

41. Zoals ik in mijn conclusie in de gevoegde zaken C-261/07 (VTB-VAB) en C-299/07 (Galatea) uitgebreid uiteen heb gezet [15] en het Hof in het arrest in deze zaken heeft bevestigd [16], vormen gezamenlijke aanbiedingen commerciële handelingen die duidelijk deel uitmaken van het marketingbeleid van een ondernemer en rechtstreeks verband houden met de verkoopbevordering en de afzet. Zij vormen derhalve handelspraktijken in de zin van artikel 2, sub d, van richtlijn 2005/29, zodat het verbod op gezamenlijke aanbiedingen van § 9a, lid 1, sub 1, UWG valt binnen de materiële werkingssfeer ervan. [17]

2. De personele werkingssfeer van richtlijn 2005/29

42. Of de litigieuze nationale regeling in § 9a, lid 1, sub 1, UWG binnen de personele werkingssfeer van de richtlijn valt, hangt ervan af of deze regeling, zoals de richtlijn zelf, de consumenten beoogt te beschermen.

14 — Zie arresten VTB-VAB en Galatea (aangehaald in voetnoot 4, punt 49) en Plus (aangehaald in voetnoot 5, punten 36 en 39). Zie Keirsbilck, B., „Towards a single regulatory framework of unfair commercial practices?”, *European business law review*, 4/2009, blz. 505, die van mening is dat richtlijn 2005/29 gekenmerkt wordt door de zeer ruime werkingssfeer ervan.

15 — Zie mijn conclusie van 21 oktober 2008 in de zaken VTB-VAB en Galatea (arrest aangehaald in voetnoot 4, punten 68-70).

16 — Arrest VTB-VAB en Galatea (aangehaald in voetnoot 4, punten 48 en 50). Zie in verband met een reclamecampagne waarbij de kosteloze deelname aan een loterij afhankelijk werd gemaakt van de aankoop of gebruikmaking van goederen of diensten in een bepaalde hoeveelheid, arrest Plus (aangehaald in voetnoot 5, punt 37).

17 — In die zin ook Heidinger, R., „Zugabenverbot, quo vadis?”, *Medien und Recht*, 1/2009, blz. 45, volgens wie een raakvlak bestaat met de werkingssfeer van richtlijn 2005/29, aangezien het verbod op geschenken in § 9a UWG dient te worden beschouwd als een regeling voor oneerlijke handelspraktijken jegens consumenten.

a) De werkingssfeer van richtlijn 2005/29

43. De richtlijn regelt in beginsel alleen de b2c (business-to-consumer) sector, dat wil zeggen de verhouding tussen handelaar en consument. Dit vloeit enerzijds voort uit artikel 3, lid 1, volgens welke deze richtlijn van toepassing is op oneerlijke handelspraktijken *van ondernemingen jegens consumenten* vóór, gedurende en na een commerciële transactie met betrekking tot een product. Deze band wordt in het bijzonder benadrukt in punt 8 van de considerans, volgens hetwelk de richtlijn *alleen de economische belangen van de consument op rechtstreekse wijze* beschermt tegen oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten. [18]

44. De veronderstelling dat de richtlijn om die reden de economische belangen van rechtmatig handelende concurrenten minder beschermenswaardig acht, lijkt mij evenwel niet juist. [19] Dit heb ik laatstelijk betoogd in mijn conclusie van 3 september 2009 in zaak C-304/08 (Plus) in verband met een desbetreffend argument van de Oostenrijkse regering. [20] Zoals duidelijk blijkt uit punt 8 van de considerans, beschermt de richtlijn namelijk *ook onrechtstreeks rechtmatig handelende ondernemingen tegen concurrenten* die zich niet houden aan de regels van de richtlijn. Dit komt met name tot uitdrukking in artikel 11, lid 1, van de richtlijn, waaruit de verplichting voor de lidstaten voortvloeit om ook aan concurrenten de bevoegdheid te verlenen om in het geval van met de richtlijn strijdige gedragingen in rechte op te treden tegen oneerlijke handelspraktijken.

45. Van wezenlijk belang is punt 6 van de considerans, waarin is vastgelegd dat richtlijn 2005/29 de wetgeving van de lidstaten

18 — In die zin ook Hoeren, T., „Das neue UWG — der Regierungsentwurf im Überblick", *Betriebs-Berater*, 2008, blz. 1183; Stuyck, J., „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, blz. 166.

19 — In die zin ook Koppensteiner, H.-G., „Grundfragen des UWG im Lichte der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken", *Wirtschaftsrechtliche Blätter*, 2006, nr. 12, blz. 558, die stelt dat het misplaatst zou zijn om het belang van richtlijn 2005/29 binnen de relatie tussen ondernemingen volledig te ontkennen. De schrijver baseert zijn redenering zowel op punt 6 als op punt 8 van de considerans, waaruit volgens hem voortvloeit dat de economische belangen van rechtmatig handelende concurrenten onrechtstreeks worden beschermd, alsmede op artikel 11, lid 1, van de richtlijn, waarin hij een verplichting voor de lidstaten ziet om in het geval van met de richtlijn strijdige gedragingen ook concurrenten vorderingsrechten te verlenen. Dezelfde schrijver, „Das UWG nach der Novelle 2007", *Die Europäisierung des Kartell- und Lauterkeitsrechts*, Tübingen 2009, blz. 86, voetnoot 8, wijst erop dat onrechtstreeks ook concurrenten worden beschermd door richtlijn 2005/29.

20 — Zie punten 35 en 64 van mijn conclusie van 3 september 2009 in zaak C-304/08 (Plus).

betreffende oneerlijke handelspraktijken harmoniseert die de economische belangen van de consumenten *rechtstreeks* en aldus de economische belangen van legitieme concurrenten *onrechtstreeks* schaden. De richtlijn houdt derhalve rekening met het feit dat de belangen van consumenten en concurrenten niet steeds duidelijk van elkaar gescheiden kunnen worden, aangezien zij elkaar zeer vaak overlappen. [21] Talrijke handelspraktijken van ondernemingen hebben zowel gevolgen voor de belangen van consumenten als voor de belangen van concurrenten. Zich bewust van deze nauwe samenhang heeft de gemeenschapswetgever besloten om het belang van de consumentenbescherming te dienen met een eigenlijk tot het mededingingsbeleid behorende regeling zoals richtlijn 2005/29 die is. [22] Er bestaat geen methodologische tegenstrijdigheid tussen de mededingingspolitieke oriëntatie van de richtlijn op de voorwaarden voor de werking van de interne markt en het op de typische belangen van de Europese consument georiënteerde normatieve beschermingsstreven. [23] Zo kan

21 — Marsland, V., „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, blz. 194, wijst er terecht op dat richtlijn 2005/29, hoewel gericht op consumentenbescherming erkent dat de belangen van consumenten en concurrenten ten aanzien van oneerlijke handelspraktijken samenvallen en dat het in het gezamenlijk belang van consumenten en concurrenten is, dat alle handelaren zich aan de regels houden. Büllesbach, E., *Auslegung der irreführenden Geschäftspraktiken des Anhangs I der Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken*, München 2008, blz. 16, wijst erop dat talrijke handelspraktijken van ondernemingen zowel gevolgen hebben voor de belangen van consumenten als voor die van concurrenten. Om bij de beoordeling van de eerlijkheid van handelspraktijken tot een juist resultaat te komen, is naar zijn mening een meerdimensionaal oogpunt vereist, dat op uniforme wijze rekening houdt met de belangen van alle betrokkenen. Dat de concurrenten- en consumentenbescherming in de regel „twee kanten van dezelfde medaille" is, laat het voorbeeld van de misleidende reclame zien, die niet alleen de economische belangen van de consument, maar ook die van de concurrenten raakt, voor zover hun zakelijke kansen daardoor worden aangetast. Hetzelfde geldt naar de opvatting van deze schrijver voor het zwart maken, dat enerzijds schadelijk is voor degene die ten onrechte wordt bekritiseerd, en anderzijds de beslissingsgrondslag van de onjuist geïnformeerde consument vervalst. Bargelli, E., „L'ambito di applicazione della direttiva 2005/29/CE: La nozione di pratica commerciale", *Le pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori*, Turijn 2007, blz. 80, wijst op de moeilijkheid van de afbakening van consumenten- en concurrentenbelangen. Volgens Schuhmacher, W., „The Unfair Commercial Practices Directive", *Law Against Unfair Competition — Towards a New Paradigm in Europe* (ed. Reto M. Hilty/Frauke Henning-Bodewig), Berlijn/Heidelberg 2007, blz. 132, laat richtlijn 2005/29 duidelijk zien dat er situaties in het mededingingsrecht zijn waarin concurrenten- en consumentenbescherming niet van elkaar kunnen worden gescheiden.

22 — Gamerith, H., „Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken: bisherige rechtspolitische Überlegungen zu einer Neugestaltung des österreichischen UWG", *Lauterkeitsrecht im Umbruch*, 2005, blz. 157, stelt zelfs dat richtlijn 2005/29 in haar werkingssfeer geen werkelijk onderscheid maakt tussen consumenten- en concurrentenbelangen, maar een „onvolkomen B2B + B2C-systeem" omvat, hetgeen pleit voor omzetting van de richtlijn in het Oostenrijkse UWG.

23 — In die zin ook Kessler, J., „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, blz. 716. Zie ook Falce, V./Ghidini, G., „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, blz. 374, die stellen dat de gemeenschapswetgever met richtlijn 2005/29 ervan uitgaat dat de beslissingsvrijheid van de consument slechts gewaarborgd kan worden door een vrije mededinging op de interne markt.

bijvoorbeeld de in artikel 11, lid 1, van de richtlijn voorgeschreven verlening van procesbevoegdheid aan belanghebbende concurrenten, zodat zij stakingsvorderingen kunnen instellen tegen oneerlijk handelende concurrenten, wel degelijk bijdragen aan een goede consumentenbescherming. [24]

46. Niettemin maakt de richtlijn, om haar werkingssfeer beter af te bakenen, een duidelijk onderscheid tussen enerzijds handelspraktijken die zowel consumenten als concurrenten schaden, en anderzijds handelspraktijken die de belangen van slechts één van deze groepen kunnen aantasten. Zo wordt in punt 8 van de considerans vermeld dat er uiteraard andere handelspraktijken zijn waardoor weliswaar niet de consumenten maar wel concurrenten en zakelijke klanten worden benadeeld.

47. Deze tweede situatie valt, zoals het Hof heeft vastgesteld in het arrest van 14 januari 2010 in de zaak Plus, niet binnen de werkingssfeer van de richtlijn [25], aangezien blijkens punt 6 van de considerans enkel nationale wetten betreffende oneerlijke handelspraktijken die *alleen* de economische belangen van concurrenten schaden of betrekking hebben op transacties tussen handelaren, van de werkingssfeer van deze richtlijn uitgesloten zijn. Zoals tevens blijkt uit de vergelijking van enkele taalversies van richtlijn 2005/29 [26], heeft het woord „alleen" normaal gesproken de betekenis van exclusiviteit. Dienovereenkomstig wordt in punt 6 van de considerans

24 — In die zin ook Gamerith, t.a.p. (voetnoot 22), blz. 157, die van mening is dat stakingsvorderingen van belanghebbende concurrenten tegen hun oneerlijk handelende concurrenten het niveau van de consumentenbescherming verhogen, voor zover het gaat om verboden die gericht zijn tegen elke oneerlijke beïnvloeding van de beslissingsvrijheid van de consument door bedrog, overrompeling, verleiding, drukuitoefening enzovoorts.

25 — Zie arrest Plus (aangehaald in voetnoot 5, punt 39). Zie Micklitz, H.-W., „Full Harmonization of Unfair Commercial Practices Under Directive 2005/29", *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, 2009, nr. 4, blz. 373, die stelt dat richtlijn 2009/25 van toepassing is op B2B-verhoudingen, indien is voldaan aan twee voorwaarden: de betrokken handelspraktijk is rechtstreeks gericht op de belangen van de consumenten en onrechtstreeks op de belangen van de concurrenten. De schrijver vreest dat deze beperking van de werkingssfeer van de richtlijn de weg vrijmaakt voor nieuwe verdedigingsstrategieën. Zo kunnen ondernemingen in de verleiding komen te beweren dat hun handelspraktijken slechts gericht zijn op B2B-verhoudingen.

26 — Duits: „lediglich"; Deens: „udelukkende"; Engels: „only"; Frans: „uniquement"; Italiaans: „unicamente"; Nederlands: „alleen"; Portugees: „apenas"; Sloveens: „samo"; Spaans: „sólo".

opgemerkt dat, met volledige inachtneming van het subsidiariteitsbeginsel, de lidstaten de mogelijkheid behouden dergelijke praktijken aan banden te leggen overeenkomstig de communautaire wetgeving.

b) De beschermingsdoelstelling van het verbod van § 9a, lid 1, sub 1, UWG

i) Verschillende weging van de diverse beschermde belangen

48. Gezien het bovenstaande is het de vraag of het bij het litigieuze verbod op gezamenlijke aanbiedingen in § 9a, lid 1, sub 1, UWG gaat om een nationale bepaling die een handelspraktijk wil verbieden die *alleen* de economische belangen van concurrenten schaadt. De verwijzende rechter [27] en de Oostenrijkse regering [28] wijzen er in dit verband op dat het litigieuze verbod op gezamenlijke aanbiedingen in § 9a, lid 1, sub 1, UWG een normatieve doelstelling heeft die verder gaat dan de door de richtlijn beoogde consumentenbescherming.

49. Naast de consumentenbescherming dient het verbod volgens hen namelijk tevens om een functionerende mededinging en de pluriformiteit van de pers in stand te houden. Door te verhinderen dat concurrenten met nadere bijkomende prestaties tegen elkaar opbieden, moeten juist die concurrenten worden beschermd die zich op grond van hun beperktere economische middelen niet in de positie bevinden om de verkoop van hun producten door middel van geschenken te bevorderen. Deze bescherming is naar hun opvatting gerechtvaardigd vanwege het belang van de pers als opinievormende factor in een democratische samenleving. Dit heeft de Oostenrijkse regering reeds aangevoerd in zaak C-368/95, Familiapress [29], waarin het ging om de verenigbaarheid van dit verbod met het vrije goederenverkeer, en is door het Hof niet afgewezen als legitieme doelstelling die beperking van deze fundamentele vrijheid in beginsel kan rechtvaardigen.

50. Daarentegen lopen de opvattingen uiteen wat de weging van de verschillende door het UWG beschermde belangen betreft.

27 — Zie blz. 10 tot en met 12 van de verwijzingsbeschikking.

28 — Zie blz. 4 en 5 van de schriftelijke opmerkingen van de Oostenrijkse regering.

29 — Arrest van 26 juni 1997, Familiapress (C-368/95, Jurispr. blz. I-3689).

51. Naar de opvatting van de verwijzende rechter dient § 9a, lid 1, sub 1, UWG, overeenkomstig de veronderstelde wil van de Oostenrijkse wetgever, niet hoofdzakelijk ter bescherming van consumenten, maar „minstens evenzeer" ter bescherming van concurrenten en van het behoud van functionerende marktverhoudingen. [30] Dit wordt door de Oostenrijkse regering uitdrukkelijk bestreden; zij voert aan dat het verbod op gezamenlijke aanbiedingen „primair" dient ter bescherming van een functionerende mededinging in de mediasector. [31] Zij blijft evenwel een overtuigende onderbouwing schuldig, wat temeer klemt omdat zij in haar opmerkingen over de koppeling van een tijdschrift aan een prijsvraag in het hoofdgeding herhaaldelijk waarschuwt voor het gevaar van een ontoelaatbare beïnvloeding van de consument door zijn speelzucht uit te buiten. [32] Naar mijn mening kan er nauwelijks twijfel over bestaan dat de vrees die de Oostenrijkse regering hiermee tot uitdrukking brengt, in de eerste plaats berust op overwegingen van consumentenbescherming.

52. Bij deze uiteenlopende opvattingen over de uitlegging van het nationale recht wil ik het volgende aantekenen.

53. Enerzijds berust de procedure krachtens artikel 234 EG op een samenwerking tussen het Hof en de nationale rechters, waarbij het niet aan het Hof is zich uit te spreken over de uitlegging van de nationale bepalingen en te beoordelen of de verwijzende rechter deze correct uitlegt. [33] In het kader van de bevoegdheidsverdeling tussen de communautaire en de nationale rechterlijke instanties moet het Hof immers in beginsel uitgaan van de in de verwijzingsbeschikking omschreven feitelijke en juridische context waarin de prejudiciële vraag moet worden geplaatst. [34]

54. Anderzijds blijkt deze verschillende materieel-rechtelijke beoordeling uiteindelijk niet van belang, aangezien in ieder geval vaststaat dat de regeling van § 9a, lid 1, sub 1, UWG niet beoogt oneerlijke handelspraktijken te verbieden die, in de zin van punt 6 van de considerans van de richtlijn, *alleen* de economische belangen van concurrenten schaden of betrekking hebben op transacties tussen handelaren. Men is het er zelfs over eens dat § 9a, lid 1, sub 1, UWG, wat de

30 — Zie blz. 10 tot en met 12 van de verwijzingsbeschikking.

31 — Zie punt 11, blz. 4, van de schriftelijke opmerkingen van de Oostenrijkse regering.

32 — In zoverre is dit betoog te vergelijken met het betoog van de Duitse regering in zaak C-304/08 (Plus), die de verenigbaarheid van een nationale regeling (§ 4, sub 6, van het Duitse UWG) betrof die gezamenlijke aanbiedingen in verband met een prijsvraag of kansspelen verbood. Aan dit verbod lagen in de eerste plaats overwegingen van consumentenbescherming ten grondslag. Zie met betrekking tot het betoog van de Duitse regering in deze zaak, mijn conclusie van 3 september 2009 in de genoemde zaak, met name de punten 93 en 107.

33 — Zie in die zin arresten van 3 oktober 2000, Corsten (C-58/98, Jurispr. blz. I-7919, punt 24), en 29 april 2004, Orfanopoulos en Oliveri (C-482/01 en C-493/01, Jurispr. blz. I-5257, punt 42).

34 — Zie arresten van 25 oktober 2001, Ambulanz Glöckner (C-475/99, Jurispr. blz. I-8089, punt 10), en 13 november 2003, Neri (C-153/02, Jurispr. blz. I-3555, punten 34 en 35), arrest Orfanopoulos en Oliveri (aangehaald in voetnoot 33, punt 42) en arrest van 21 april 2005, Lindberg (C-267/03, Jurispr. blz. I-3247, punten 41 en 42).

normatieve doelstelling ervan betreft, oneerlijke handelspraktijken verbiedt die steeds gevolgen hebben in de B2C-sector. De regeling van § 9a, lid 1, sub 1, UWG valt derhalve in ieder geval nog binnen de werkingssfeer van richtlijn 2005/29, zonder dat van belang is of dit verbod op gezamenlijke aanbiedingen primair dient ter bescherming van een bepaald rechtsgoed, de bescherming van de belangen van de consument, van die van de concurrenten of van het algemeen belang, bijvoorbeeld in de vorm van de instandhouding van de pluriformiteit van de pers. In het kader van de onderhavige prejudiciële procedure kan dan ook juridisch in het midden blijven of en in welke mate de litigieuze nationale regeling bovendien, zoals aangevoerd door de Oostenrijkse regering, beoogt de pluriformiteit van de pers in stand te houden.

ii) Bestudering van de toepasselijke nationale bepalingen en rechtspraak

55. Gezien de noodzaak om de prejudiciële vragen van de verwijzende rechter op nuttige wijze te beantwoorden [35], en om te voldoen aan de krachtens artikel 222 EG op de advocaat-generaal rustende taak in volledige onpartijdigheid en onafhankelijkheid met redenen omklede conclusies te nemen [36], wijs ik er volledigheidshalve op dat bij nadere beschouwing van de betrokken regelingen inclusief de totstandkomingsgeschiedenis van het UWG blijkt dat de Oostenrijkse wetgever net zoveel belang moet hebben gehecht aan de consumentenbescherming als aan de concurrentenbescherming. Zo kan uit de toelichting op het regeringsontwerp voor de UWG-Novelle 2007 [37] worden afgeleid dat het UWG de B2B-sector in wezen niet anders behandelt dan de B2C-sector, aangezien de

35 — In het arrest van 12 juli 1979, Union Laitière Normande (244/78, Jurispr. blz. 1979, 2663, punt 5), heeft het Hof vastgesteld dat hoewel artikel 234 EG het Hof niet toestaat de redenen van een verzoek om een prejudiciële beslissing te beoordelen, de noodzaak om tot een nuttige uitlegging van het gemeenschapsrecht te komen, niettemin noopt tot een omschrijving van het juridisch kader waarin de gevraagde uitlegging moet passen. Naar de opvatting van Lenaerts, K./Arts, A./Maselis, I., *Procedural Law of the European Union*, 2e druk, blz. 188, punt 6-021, staat niets het Hof in de weg om zijn opvatting van de feiten van het hoofdgeding en van bepaalde aspecten van het nationale recht als uitgangspunt te gebruiken voor een nuttige uitlegging van de toepasselijke gemeenschapsrechtelijke bepalingen en beginselen.

36 — Volgens advocaat-generaal Ruiz-Jarabo Colomer, „La función del Abogado del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas", *Problèmes d'interprétation*, Brussel 2004, blz. 334 e.v., moet de conclusie als grondslag dienen voor de beraadslaging van de rechters. Zij moet in de regel een antwoord bevatten op alle rechtsvragen die in een zaak aan de orde zijn, waarbij de eerdere rechtspraak van het Hof uitvoerig bestudeerd dient te worden. De advocaat-generaal benadrukt verder het toenemende belang van de doctrine bij de behandeling van deze rechtsvragen.

37 — In de „Erläuterungen zur Regierungsvorlage für ein Bundesgesetz, mit dem das Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb 1984 — UWG geändert wird (UWG-Novelle 2007)", gepubliceerd in het tijdschrift *Recht und Wettbewerb*, jaargang 53, nr. 170, december 2007, blz. 13, valt te lezen: „Het ontwerp regelt, zoals reeds het geldende UWG, in wezen de B2B-sector niet anders dan de B2C-sector, aangezien de concurrenten- en consumentenbescherming niet van elkaar kunnen worden gescheiden."

concurrenten- en consumentenbescherming naar de opvatting van de Oostenrijkse wetgever „niet van elkaar te scheiden zijn".

56. Dit is ook de heersende mening in de doctrine, die niet in de laatste plaats om die reden de belangen van de concurrenten, het algemeen belang en de belangen van de consumenten in het UWG in gelijke mate beschermd ziet en zodoende spreekt van een „drieledige beschermingsdoelstelling". [38] Dit geldt ook voor de regeling in § 9a, lid 1, sub 1, UWG, die centraal staat in de onderhavige zaak en waarvan het consumentenbeschermingskarakter in de doctrine niet in twijfel wordt getrokken. [39]

57. Bovendien is ook volgens de rechtspraak van het Oberste Gerichtshof [40] — voor een deel onder verwijzing naar de meningen van de doctrine — het doel van het verbod op geschenken van § 9a, lid 1, UWG vooral de

38 — Naar de opvatting van Prunbauer, M., „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*, jaargang 49, nr. 161, september 2003, blz. 3, heeft het UWG in beginsel niet alleen betrekking op consumentenrechtelijke aspecten van de mededinging, maar ook op de concurrenten en het algemeen belang. Een reclamepraktijk kan naar de opvatting van de schrijver namelijk niet eenzijdig vanuit de consument worden bekeken of beoordeeld. De bescherming van concurrenten en van het algemeen belang in een functionerende mededinging op basis van kwaliteit dient op zijn minst onrechtstreeks ook ter bescherming van de consument, aangezien daardoor ook in het belang van de consument de werking van de mededinging wordt gewaarborgd. De schrijver concludeert dat een mededingingshandeling noch in het werkelijke economische verkeer noch dogmatisch op zinvolle wijze kan worden gescheiden in een „mededingingsgedeelte voor consumenten" en een „mededingingsgedeelte voor ondernemingen". Volgens Wiebe, A., „Umsetzung der Geschäftspraktikenrichtlinie en Perspektiven für eine UWG-Reform", *Juristische Blätter*, jaargang 129, nr. 2, februari 2007, blz. 71, staat het voor Oostenrijk en Duitsland sinds lange tijd onbetwist vast dat het UWG dient ter bescherming van de concurrenten, de consumenten en het algemeen belang, zoals uitdrukkelijk bepaald in § 1 van het nieuwe Duitse UWG. De immanente verstrengeling van de beschermingsdoelstellingen maakt een scheiding van de wettelijke regelingen tussen B2B- en B2C-transacties naar de aard van de zaak eigenlijk onmogelijk. In die zin ook Büllesbach, t.a.p. (voetnoot 21), blz. 15, die wijst op de drieledige beschermingsdoelstelling (consumenten, concurrenten, algemeen belang) die ten grondslag ligt aan de Duitse en Oostenrijkse regelingen inzake eerlijke mededinging. Lettner, H., „Die Umsetzung der EU-Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken — Eine Bilanz des UWG-Neu in Österreich und Deutschland", *European Law Reporter*, 2009, nr. 9, blz. 313, wijst er eveneens op dat het Oostenrijkse UWG in zijn geheel beoogt de ondernemersbelangen, het algemeen belang en de consumentenbelangen te beschermen.

39 — Zo wijst Duursma-Kepplinger, t.a.p. (voetnoot 11), erop dat § 9a UWG tevens dient ter bescherming van de consument (§ 16, sub 24, blz. 808). Het doel van de wettelijke beperking van geschenken is onder meer de koper tegen niet-objectieve en misleidende reclame te beschermen en te voorkomen dat concurrenten tegen elkaar opbieden met (nadere) bijkomende prestaties (§ 9a, sub 2, blz. 276). De schrijver is van mening dat het eigenlijke doel van het UWG is om een preventieve bescherming van algemene consumentenbelangen te bieden teneinde de mededinging vrij te houden van oneerlijke praktijken (§ 16, sub 26, blz. 810). Volgens Horak, M., „Naht das Ende des Zugabenverbots?", *Ecolex*, 2008, blz. 1138, wordt het doel van het verbod op geschenken op grond van § 9a UWG hoofdzakelijk gevormd door de consumentenbescherming. De schrijver verwijst daarbij op het in voetnoot 40 van deze conclusie aangehaalde arrest van het Oberste Gerichtshof. Zie ook Kucsko, G., „Zur rechtspolitischen Begründung des Zugabenverbots", *Ecolex*, 1992, blz. 709, die de ontstaansgeschiedenis van het verbod op geschenken in Oostenrijk vanaf het begin van de 20e eeuw optekent. Hij wijst erop dat het doel van het Oostenrijkse „verbod op geschenken" sinds het ontstaan ervan primair is, te voorkomen dat consumenten door geschenken op niet-objectieve wijze worden beïnvloed bij hun aankoopbesluiten en dat door de geschenken de echte prijs van het hoofdproduct wordt versluierd en de klant op deze wijze wordt misleid. Bovendien moet het voorkomen dat concurrerende ondernemingen tegen elkaar opbieden.

40 — Zie arrest van het Oberste Gerichtshof van 9 maart 1999, Fini's Feinstes (zaaknr. 4 Ob 28/99t). Daarin overwoog het: „Het doel van het verbod op geschenken is voornamelijk de consumentenbescherming: de beslissing van de consumenten mag niet — bijvoorbeeld door een mogelijkheid om deel te nemen aan een prijsvraag — worden vervalst door goklust en winstbejag. De aankoopbeslissing dient te worden genomen op basis van de kwaliteit en de prijs van een goed en op basis van een objectieve vergelijking van verschillende goederen, en niet min of meer zonder overleg om de als lokkertje in het vooruitzicht gestelde prijs te winnen."

consumentenbescherming. Op grond daarvan mag de beslissing van de consumenten niet — bijvoorbeeld door een mogelijkheid om deel te nemen aan een prijsvraag — door goklust en winstbejag worden vervalst.

58. Derhalve kan ook na bestudering van de toepasselijke Oostenrijkse bepalingen en rechtspraak ervan uit worden gegaan dat het verbod op geschenken in § 9a, lid 1, sub 1, UWG op zijn minst evenzeer bijdraagt aan de consumentenbescherming.

c) Samenvatting

59. Op grond van het bovenstaande meen ik dat het voorschrift van § 9a, lid 1, sub 1, UWG onder de werkingssfeer van richtlijn 2005/29 valt. Het dient dus te worden beoordeeld aan de hand van de bepalingen van de richtlijn. [41]

3. Onderzoek van de structuur van beide regelingen

a) De voorschriften van richtlijn 2005/29

60. Om te kunnen vaststellen of richtlijn 2005/29 in de weg staat aan een nationale bepaling zoals § 9a, lid 1, UWG, dienen beide

41 — Zie Horak, M., „Zugabenverbot gemeinschaftsrechtswidrig?", *Ecolex*, 2009/123, blz. 341, die van mening is dat het in de eerste prejudiciële vraag erom gaat of een per se verbod op geschenken, dat zowel consumenten als ondernemingen moet beschermen, verenigbaar is met richtlijn 2005/29. Naar de opvatting van de schrijver is een dergelijk verbod in strijd met het gemeenschapsrecht, zolang de werkingssfeer ervan niet duidelijk is afgebakend en kan worden beperkt tot aanbiedingen die uitsluitend zijn gericht op ondernemingen en die de consumentenbelangen niet aantasten. Aan deze voorwaarden is naar zijn mening in het geval van § 9a, lid 1, sub 1, UWG niet voldaan. Volgens Lettner, t.a.p. (voetnoot 38), punt 9, blz. 317, kan de omstandigheid dat het verbod op gezamenlijke aanbiedingen in § 9a, lid 1, sub 1, UWG niet slechts dient ter bescherming van de consument, maar ook andere doelen heeft, die niet onder de materiële werkingssfeer van de richtlijn vallen, bijvoorbeeld de instandhouding van de pluriformiteit van de pers of de bescherming van zwakkere concurrenten, niet rechtvaardigen dat wordt vastgehouden aan een per se verbod voor de B2C-sector naast de zwarte lijst. Beide schrijvers gaan er derhalve van uit dat de litigieuze nationale regeling onder de werkingssfeer van richtlijn 2005/29 valt.

regelingen wat hun normatieve doelstelling en structuur betreft te worden onderzocht om daarna met elkaar te worden vergeleken.

i) Volledige en maximale harmonisatie van de nationale regelingen als doel van de richtlijn

61. Zoals reeds uiteengezet [42], beoogt richtlijn 2005/29 een volledige harmonisatie van de nationale voorschriften van de lidstaten inzake oneerlijke handelspraktijken. Anders dan tot nog toe het geval was bij de specifieke sectoriële maatregelen tot harmonisatie van de regels inzake consumentenbescherming, wordt geen minimumharmonisatie van de nationale voorschriften nagestreefd, maar een maximale harmonisatie die, behoudens enkele uitzonderingen, eraan in de weg staat dat de lidstaten strengere regelingen handhaven of invoeren, en wel ongeacht of daarmee wordt beoogd een hoger niveau van consumentenbescherming te verwezenlijken. [43] Dit blijkt zowel uit de considerans als uit de algemene bepalingen van deze richtlijn.

62. Dit volgt enerzijds uit punt 11 van de considerans, volgens hetwelk de *onderlinge afstemming* van de nationale bepalingen door deze richtlijn ertoe dient een hoog gemeenschappelijk niveau van consumentenbescherming te verwezenlijken. Anderzijds wordt in punt 12 van de considerans vermeld dat consumenten en ondernemingen zich zullen kunnen verlaten op *één regelgevend kader* op basis van duidelijk omschreven rechtsbegrippen, dat alle aspecten van oneerlijke handelspraktijken in de gehele Europese Unie regelt. Artikel 1 van de richtlijn verwijst opnieuw naar de methode van *harmonisatie* en stelt vast dat deze dient bij te dragen aan het verbeteren van de consumentenbescherming en het vervolmaken van de goede werking van de interne markt.

63. Het doel van een complete en maximale regeling op gemeenschapsniveau van het binnen de werkingssfeer van de richtlijn vallende gebied blijkt duidelijk uit de punten 14 en 15 van de considerans, waarin uitdrukkelijk sprake is van een *volledige harmonisatie*. Dit volgt eveneens uit de „internemarktclausule" van artikel 4 van de richtlijn, volgens welke de lidstaten geen beperkingen aan het vrij verrichten van diensten of aan het vrije verkeer van goederen mogen opleggen om redenen die vallen binnen het bij deze richtlijn *geharmoniseerde* gebied.

42 — Zie punt 33 van deze conclusie.

43 — Zie arrest VTB-VAB en Galatea (aangehaald in voetnoot 4, punt 52).

64. Een uitzondering hierop is vastgesteld in artikel 3, lid 5, van de richtlijn, volgens hetwelk de lidstaten gedurende een periode van zes jaar, te rekenen vanaf 12 juni 2007, op het bij deze richtlijn geharmoniseerde gebied nationale bepalingen kunnen blijven toepassen die strenger of restrictiever zijn dan de richtlijnbepalingen. Deze uitzondering is evenwel beperkt tot nationale regelingen die uitvoering geven aan richtlijnen die clausules voor minimale harmonisatie bevatten.[44] Een andere uitzondering op de volledige harmonisatie ten slotte betreft de financiële diensten in de zin van richtlijn 2002/65/EG en onroerend goed (artikel 3, lid 9).

ii) Structuur van de regeling van richtlijn 2005/29

65. Het in artikel 5, lid 1, van richtlijn 2005/29 neergelegde algemene verbod op oneerlijke handelspraktijken vormt de kern van deze richtlijn. Wat concreet als „oneerlijk" moet worden aangemerkt, wordt uitgewerkt in artikel 5, lid 2. Volgens deze bepaling is een handelspraktijk oneerlijk indien zij enerzijds in strijd is met de vereisten van „professionele toewijding", en anderzijds het economische gedrag van de consument „wezenlijk kan verstoren". Volgens lid 4 zijn met name misleidende (artikelen 6 en 7) of agressieve handelspraktijken (artikelen 8 en 9) oneerlijk. Lid 5 verwijst naar bijlage I en de daarin vermelde handelspraktijken, die „onder alle omstandigheden als oneerlijk worden beschouwd". Deze lijst geldt in alle lidstaten en kan alleen worden aangepast door wijziging van deze richtlijn.

66. Daaruit volgt dat de nationale rechterlijke en bestuurlijke instanties bij de toepassing van het recht in de eerste plaats moeten uitgaan van de lijst van 31 oneerlijke handelspraktijken in bijlage I. Indien een handelspraktijk onder één van deze gevallen kan worden gebracht, moet zij worden verboden. Een extra onderzoek, bijvoorbeeld van de gevolgen, is niet vereist. Indien de concrete gedraging niet onder de opgesomde verboden praktijken valt, moet worden nagegaan of zij beantwoordt aan één van de in het algemene

44 — Tot de richtlijnen bedoeld in artikel 3, lid 5, van richtlijn 2005/29, die in een minimumharmonisatie voorzien, behoren: richtlijn 85/577/EEG van de Raad van 20 december 1985 betreffende de bescherming van de consument bij buiten verkoopruimten gesloten overeenkomsten (PB L 372, blz. 31); richtlijn 90/314/EEG van de Raad van 13 juni 1990 betreffende pakketreizen, met inbegrip van vakantiepakketten en rondreispakketten (PB L 158, blz. 59); richtlijn 94/47/EG van het Europees Parlement en van de Raad van 26 oktober 1994 betreffende de bescherming van de verkrijger voor wat bepaalde aspecten betreft van overeenkomsten inzake de verkrijging van een recht van deeltijds gebruik van onroerende goederen (PB L 280, blz. 83); richtlijn 97/7/EG van het Europees Parlement en de Raad van 20 mei 1997 betreffende de bescherming van de consument bij op afstand gesloten overeenkomsten (PB L 144, blz. 19); richtlijn 98/6/EG van het Europees Parlement en de Raad van 16 februari 1998 betreffende de bescherming van de consument inzake de prijsaanduiding van aan de consument aangeboden producten (PB L 80, blz. 27); richtlijn 89/552/EEG van de Raad van 3 oktober 1989 betreffende de coördinatie van bepaalde wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen in de lidstaten inzake de uitoefening van televisie-omroepactiviteiten (PB L 298, blz. 23).

voorschrift geregelde voorbeeldsituaties, te weten misleidende en agressieve handelspraktijken. Enkel wanneer dat niet het geval is, is het algemene voorschrift van artikel 5, lid 1, van de richtlijn rechtstreeks van toepassing. [45]

b) De voorschriften van het UWG

67. Volgens vaste rechtspraak heeft elke lidstaat waarvoor een richtlijn is bestemd, de verplichting om in het kader van zijn nationale rechtsorde alle maatregelen te treffen die nodig zijn om de volle werking van de richtlijn overeenkomstig het ermee beoogde doel te verzekeren. [46] Daarmee hangt de verplichting van de nationale wetgever samen om de betrokken richtlijn naar behoren in het nationale recht uit te voeren. [47] Volgens de formulering van artikel 249, derde alinea, EG is het echter aan de nationale instanties van de lidstaten de vorm en de middelen hiervoor te kiezen. Deze keuzevrijheid komt met name aan de nationale wetgever toe.

68. Om deze reden heeft de rechtspraak erkend dat een behoorlijke uitvoering van een richtlijn niet noodzakelijkerwijs vereist dat de bepalingen ervan letterlijk in een uitdrukkelijke en specifieke wettelijke bepaling worden overgenomen. [48] Waar het echter om gaat, is dat het nationale recht waarmee de richtlijn wordt uitgevoerd, aan de vereisten van duidelijkheid en rechtszekerheid voldoet om te waarborgen dat het gehele programma van de richtlijn wordt gerealiseerd wanneer het nationale recht door de rechters en instanties van elke lidstaat wordt toegepast. [49]

45 — Zo ook het toetsingsschema van De Cristofaro, G., „La direttiva 2005/29/CE — Contenuti, rationes, caratteristiche", *Le pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori*, Turijn 2007, blz. 12, en Henning-Bodewig, F., „Die Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken", *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Internationaler Teil*, 2005, nr. 8/9, blz. 631.

46 — Zie onder meer arresten van 1 februari 1977, Verbond van Nederlandse Ondernemingen (51/76, Jurispr. blz. 113, punt 22), 26 februari 1986, Marshall (152/84, Jurispr. blz. 723, punt 48), 24 oktober 1996, Kraaijeveld e.a. (C-72/95, Jurispr. blz. I-5403, punt 55), 17 juni 1999, Commissie/Italië (C-336/97, Jurispr. blz. I-3771, punt 19), 8 maart 2001, Commissie/Frankrijk (C-97/00, Jurispr. blz. I-2053, punt 9), 7 mei 2002, Commissie/Zweden (C-478/99, Jurispr. blz. I-4147, punt 15), en 26 juni 2003, Commissie/Frankrijk (C-233/00, Jurispr. blz. I-6625, punt 75).

47 — De uitvoering van de richtlijn maakt deel uit van een tweeledige wetgevingsprocedure, waarbij de tweede fase zich op het niveau van het nationale recht afspeelt. Door de materiële uitvoering op het niveau van het nationale recht wordt het in de richtlijn neergelegde recht geconcretiseerd (zie Vcelouch, P., *Kommentar zu EU- und EG-Vertrag* [uitg. Heinz Mayer]), Wenen 2004, artikel 249, punten 48 en 50, blz. 17 en 18).

48 — Zie arresten van 28 februari 1991, Commissie/Duitsland (C-131/88, Jurispr. blz. I-825, punt 6), 20 maart 1997, Commissie/Duitsland (C-96/95, Jurispr. blz. I-1653, punt 35), 15 november 2001, Commissie/Italië (C-49/00, Jurispr. blz. I-8575, punten 21 en 22), 28 april 2005, Commissie/Italië (C-410/03, Jurispr. blz. I-3507, punt 60). Hierop wijst terecht Seichter, D., „Der Umsetzungsbedarf der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken", *Wettbewerb in Recht und Praxis*, 2005, blz. 1088, in verband met de noodzaak tot uitvoering van richtlijn 2005/29 in het Duitse recht.

49 — In die zin Ruffert, M., in Calliess/Ruffert (ed.), *Kommentar zu EUV/EGV*, 3e druk, 2007, artikel 249, punt 49, blz. 2135. Volgens vaste rechtspraak moet de uitvoering van een richtlijn daadwerkelijk de volledige toepassing ervan verzekeren. Zie onder meer arresten van 9 september 1999, Commissie/Duitsland (C-217/97, Jurispr. blz. I-5087, punt 31), 16 november 2000, Commissie/Griekenland (C-214/98, Jurispr. blz. I-9601, punt 49), en 11 juli 2002, Marks & Spencer (C-62/00, Jurispr. blz. I-6325, punt 26).

i) De structuur van het verbod in § 9a, lid 1, sub 1, UWG

69. Volgens de verwijzende rechter verbiedt § 9a, lid 1, sub 1, UWG ondernemingen om jegens consumenten geschenken bij goederen of diensten aan te kondigen. Wanneer het hoofdproduct een krant of tijdschrift is, dan strekt het verbod zich eveneens uit tot het louter aanbieden en verstrekken van geschenken. Volgens de rechtspraak van het Oberste Gerichtshof [50] wordt met name als geschenk beschouwd de aan de koop van het hoofdproduct gekoppelde mogelijkheid tot deelname aan een kansspel.

70. Zoals blijkt uit de verwijzingsbeschikking [51], wordt deze bepaling in de rechtspraak echter strikt uitgelegd, waardoor niet alle geschenken als ongeoorloofd worden beschouwd. Volgens vaste rechtspraak van het Oberste Gerichtshof vereist de toepasselijkheid van § 9a, lid 1, sub 1, UWG dat de bestreden gedraging in de concrete omstandigheden van het geval (a) objectief beschouwd, de beslissing van consumenten tot aankoop van het hoofdproduct (de hoofdprestatie) kon verstoren [52], en derhalve (b) tot een niet louter onbeduidende verschuiving van de vraag kon leiden. [53] Om die reden vervalt als het ware reeds het hoofdbestanddeel van lid 1, omdat er geen ongeoorloofd „geschenk" als bedoeld in deze bepaling is, voor zover niet is voldaan aan de bovengenoemde in de rechtspraak ontwikkelde vereisten. [54]

71. Ongeacht deze strikte uitlegging in de Oostenrijkse rechtspraak merk ik op dat de litigieuze bepaling van § 9a UWG van het type regel-uitzondering is: de combinatie van twee aparte producten of diensten met het oogmerk de verkoop te bevorderen is volgens lid 1 verboden tenzij de in lid 2 genoemde uitzonderingen van toepassing zijn. Deze bepaling verbiedt, met andere woorden, de combinatie van twee aparte producten of diensten met het oogmerk de verkoop te bevorderen,

50 — Zie blz. 10 van de verwijzingsbeschikking.

51 — De verwijzende rechter haalt op blz. 8 van de verwijzingsbeschikking de arresten van het Oberste Gerichtshof van 20 oktober 1992, Welt des Wohnens (zaaknr. 4 Ob 87/92), 30 januari 2008, ORF-Teletext (zaaknr. 3 Ob 273/07d), en 14 februari 2008 (zaaknr. 4 Ob 17/08s) aan.

52 — De verwijzende rechter noemt op blz. 8 van de verwijzingsbeschikking het arrest Welt des Wohnens, aangehaald in voetnoot 51.

53 — De verwijzende rechter haalt op blz. 8 van de verwijzingsbeschikking het arrest van het Oberste Gerichtshof van 14 december 1999, Tipp des Tages III (zaaknr. 4 Ob 290/99x) aan.

54 — Zie ook blz. 4 van de schriftelijke opmerkingen van verzoekster in het hoofdgeding.

en moet derhalve worden aangemerkt als een principieel verbod op gezamenlijke aanbiedingen, waarop evenwel in bepaalde gevallen uitzonderingen zijn toegestaan. [55]

a) Geschreven nationaal recht

i) Omkering van de systematiek van de normstelling

4. Verenigbaarheid van de litigieuze regeling met richtlijn 2005/29

72. Ik kom nu bij de vraag naar de verenigbaarheid van de litigieuze regeling met richtlijn 2005/29, waarbij ik in de eerste plaats de structuur van de nationale regeling zal onderzoeken. Indien het nationale recht zoals dat in de wet is neergelegd, onverenigbaar blijkt, zal ik aansluitend onderzoeken of deze regeling gelet op de bovengenoemde strikte uitlegging door het Oberste Gerichtshof toch kan worden aangemerkt als verenigbaar met de richtlijn.

73. Wat de vraag naar de verenigbaarheid van de litigieuze regeling met richtlijn 2005/29 betreft, stel ik vast dat het litigieuze verbod op gezamenlijke aanbiedingen in § 9a, lid 1, sub 1, UWG een bijzondere regeling binnen het UWG vormt, die op het eerste gezicht geen pendant vindt in richtlijn 2005/29. § 9a, lid 1, sub 1, UWG bevat een principieel verbod op gezamenlijke aanbiedingen, waarin de richtlijn zelf niet voorziet.

74. Verder heeft deze nationale regeling op grond van het regel-uitzonderingssysteem waarop zij is gebaseerd, een andere structuur dan richtlijn 2005/29. Het is in de eerste plaats deze omkering van de systematiek die twijfel schept wat de verenigbaarheid met deze richtlijn betreft, waarbij het niet zozeer gaat om de formele vormgeving van de regeling zelf — ten slotte beschikt de nationale wetgever hierbij over een bepaalde uitvoeringsmarge —, als wel om de normatieve inhoud van deze nationale bepaling. Die komt inhoudelijk niet overeen met die van richtlijn 2005/29. Zoals ik reeds heb uiteengezet in mijn conclusie

55 — Zie Horak, t.a.p. (voetnoot 39), blz. 1137, die de regeling in § 9a UWG vergelijkt met de zogenoemde „per se verboden". Door dergelijke verboden worden volgens hem bepaalde abstract omschreven handelspraktijken in beginsel verboden, zonder dat een rechter in het concrete geval de gevolgen voor consumenten of concurrenten kan toetsen. Volgens hem is aan dergelijke verboden meestal een reeks van uitzonderingen verbonden, dit om een evenwicht te verwezenlijken dat voldoet aan de eisen van de praktijk. Naar de opvatting van de schrijver wordt dit systeem ook toegepast in § 9a UWG, blijkens het principiële verbod op geschenken in lid 1 en een reeks van uitzonderingen in lid 2. Heidinger, t.a.p. (voetnoot 17), blz. 45, meent dat § 9a UWG is vormgegeven als een per se verbod op bepaalde handelspraktijken, zonder dat de gevolgen voor de consument in het concrete geval getoetst moeten worden.

in de gevoegde zaken C-261/07 (VTB-VAB) en C-299/07 (Galatea), gaat richtlijn 2005/29 uit van de ondernemingsvrijheid van de handelaar, wat in wezen met het rechtsbeginsel *in dubio pro libertate* [56] overeenstemt. In tegenstelling tot de regeling in § 9a, lid 1, sub 1, UWG gaat de richtlijn derhalve uit van de eerlijkheid van handelspraktijken, zolang niet is voldaan aan de nader omschreven juridische voorwaarden voor een verbod. [57]

75. Dit liberale uitgangspunt heeft een concrete regelgevende achtergrond, namelijk waarborgen dat het in de punten 4 en 5 van de considerans alsmede in artikel 1 van de richtlijn verankerde doel van de gemeenschapswetgever wordt verwezenlijkt om door middel van uniforme regels op communautair niveau de belemmeringen voor het grensoverschrijdend diensten- en goederenverkeer en de vrijheid van vestiging weg te nemen, die voortvloeien uit de veelvoud van nationale bepalingen inzake oneerlijke handelspraktijken, en wel tot het niveau dat noodzakelijk is om de goede werking van de interne markt te verzekeren en een hoog niveau van consumentenbescherming te waarborgen. [58]

ii) De uitzonderingen in § 9a, lid 2, UWG schieten tekort

76. Bovendien kunnen uitzonderingen op principiële verboden, zoals in § 9a, lid 2, UWG, niet alle situaties omvatten waarin volgens de bepalingen van richtlijn 2005/29 sprake is van een geoorloofde handelspraktijk, aangezien ze geen beoordeling van het concrete geval door de bevoegde nationale

56 — Zie mijn conclusie in de zaken VTB-VAB en Galatea (aangehaald in voetnoot 15, punt 81). Wel toestemmend Micklitz, t.a.p. (voetnoot 25), blz. 374.

57 — Abbamonte, G., „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, blz. 15, noemt het uitgangspunt van de richtlijn dan ook liberaal. Alles is geoorloofd wat niet uitdrukkelijk is verboden. De Cristofaro, t.a.p. (voetnoot 45), blz. 11, merkt terecht op dat de richtlijn getuigt van een puntsgewijze benadering, doordat zij de criteria vaststelt om te bepalen of een handelspraktijk oneerlijk is, zonder evenwel de kenmerken van een eerlijke handelspraktijk op om het even welke wijze te definiëren.

58 — Zie Bakardjieva Engelbrekt, A., „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, blz. 47 e.v., die de harmoniserende werking van richtlijn 2005/29 benadrukt, waarvan het doel is de tot haar inwerkingtreding bestaande enorme verschillen tussen de regelingen van de lidstaten inzake oneerlijke handelspraktijken weg te nemen. In die zin ook Bargelli, t.a.p. (voetnoot 21), blz. 79. Weatherill, S., „Who is the ‚Average Consumer'", *The regulation of unfair commercial practices under EC Directive 2005/29 — New rules and new techniques*, Norfolk 2007, blz. 137, noemt de opzet van richtlijn 2005/29 een deregulering met gelijktijdige regulering. Volgens hem dereguleert de harmonisatie van de nationale wetgevingen de markt door de veelvoud van wettelijke bepalingen van de lidstaten te vervangen door één uniforme regeling. Naar de opvatting van Falce/Ghidini, t.a.p. (voetnoot 23), blz. 372, wordt met richtlijn 2005/29 beoogd weer een evenwicht tot stand te brengen tussen de mededinging binnen een interne markt zonder grenzen enerzijds en de consumentenbescherming anderzijds.

rechterlijke en bestuurlijke instanties mogelijk maken. [59] Dit werd ook bevestigd door het Hof in het arrest VTB-VAB en Galatea. [60]

77. Aangezien gezamenlijke aanbiedingen in bijlage I niet worden genoemd als handelspraktijken die onder alle omstandigheden oneerlijk zijn, mogen deze in beginsel alleen worden verboden wanneer zij oneerlijke handelspraktijken vormen, bijvoorbeeld omdat zij misleidend of agressief zijn in de zin van de richtlijn. Afgezien daarvan komt een verbod volgens richtlijn 2005/29 alleen dan in aanmerking, indien een handelspraktijk als oneerlijk dient te worden beschouwd omdat zij in strijd is met de vereisten van professionele toewijding of omdat zij het economische gedrag van de gemiddelde consument met betrekking tot het product wezenlijk verstoort of kan verstoren.

78. Of dit met betrekking tot gezamenlijke aanbiedingen het geval is, kan niet in zijn algemeenheid worden vastgesteld; daartoe dient veeleer de concrete handelspraktijk in het betrokken geval te worden beoordeeld. Dit blijkt onmiskenbaar uit punt 7 van de considerans van de richtlijn volgens hetwelk bij de toepassing van deze richtlijn, met name van de algemene clausules, terdege rekening moet worden gehouden met de situatie per geval. Het woord „met name" geeft ook aan dat de beoordeling per geval niet beperkt is tot de toepassing van de algemene clausule van artikel 5, lid 1, maar ook geldt voor de toepassing van de bepalingen van de artikelen 5 tot en met 9 van de richtlijn, die deze clausule verduidelijken. Van de noodzaak tot een individuele toetsing aan het bepaalde in de artikelen 5 tot en met 9 van de richtlijn ingeval een handelspraktijk niet onder de in bijlage I bij de richtlijn vermelde handelspraktijken valt, gaat ook de gemeenschapswetgever uit, zoals blijkt uit punt 17 van de considerans. Dit volgt a contrario uit de derde volzin van punt 17 van de considerans, waarin wordt vermeld dat alleen de in bijlage I bij de richtlijn opgesomde handelspraktijken „worden verondersteld oneerlijk te zijn zonder een individuele toetsing aan het bepaalde in de artikelen 5 tot en met 9".

iii) Tussenconclusie

79. De litigieuze regeling zoals die in de wet is vastgelegd, is niet verenigbaar met richtlijn 2005/29.

59 — In die zin ook Heidinger, R., t.a.p. (voetnoot 17), blz. 46.
60 — Aangehaald in voetnoot 4, punten 64 en 65.

b) Mogelijkheid voor een richtlijnconforme uitlegging

80. Zoals ik in mijn conclusie in de zaak Plus uiteen heb gezet [61], zijn bij de beantwoording van de vraag of een bepaling van nationaal recht in strijd is met het gemeenschapsrecht, niet alleen de bewoordingen van deze bepaling doorslaggevend, maar moet ook rekening worden gehouden met de uitlegging die de nationale rechter hieraan geeft. [62] Omdat deze uitlegging de voor alle rechtssubjecten verbindende uitlegging van de wet weergeeft, vormt de rechtspraak in een lidstaat een onmisbare maatstaf voor de beoordeling van de met het gemeenschapsrecht strokende omzetting en de uitlegging van het nationale recht. [63]

81. Voor een verenigbaarheid met de richtlijn zou derhalve kunnen pleiten dat het Oberste Gerichtshof het principiële verbod op gezamenlijke aanbiedingen in de regel strikt uitlegt. Het valt niet uit te sluiten dat een dergelijk verbod door een strikte uitlegging door de nationale rechter dermate wordt afgezwakt dat het uiteindelijk in overeenstemming met de richtlijn komt. Afgezien daarvan herinner ik eraan dat een nationale rechter volgens de rechtspraak van het Hof verplicht is bij de toepassing van het nationale recht, ongeacht of het gaat om bepalingen van eerdere of latere datum dan de richtlijn, uit te leggen in het licht van de bewoordingen en het doel van de richtlijn [64] teneinde het hiermee beoogde resultaat te bereiken en aldus aan artikel 249, derde alinea, EG te voldoen; daarbij dient de nationale rechter, ten volle gebruik makend van de hem door zijn nationale recht toegekende beoordelingsvrijheid, de ter uitvoering van de richtlijn vastgestelde wet in overeenstemming met de eisen van het gemeenschapsrecht uit te leggen. [65] Dit sluit de mogelijkheid in van een richtlijnconforme tempering van de betrokken nationale bepaling of zelfs van een rechtsontwikkeling, voor

61 — Aangehaald in voetnoot 20, punt 82.

62 — Lenaerts/Arts/Maselis, t.a.p. (voetnoot 35), punt 5-056, blz. 162, wijzen erop dat de draagwijdte van nationale wetten, verordeningen of overheidsbepalingen beoordeeld moet worden in het licht van de uitlegging die de nationale rechter hieraan toekent. De met het gemeenschapsrecht strokende uitlegging van het nationale recht was het onderwerp van een prejudicieel verzoek van het Duitse Bundesgerichtshof in zaak C-42/95, Siemens/Nold (arrest van 19 november 1996, Jurispr. blz. I-6017), en het Belgische Hof van Beroep te Gent in zaak C-205/07, Gysbrechts (arrest van 16 december 2008, Jurispr. blz. I-9947).

63 — Zie in dit verband mijn conclusie van 4 september 2008, Commissie/Spanje (C-338/06, arrest van 18 december 2008, Jurispr. blz. I-10139, punt 89).

64 — Arresten van 10 april 1984, von Colson en Kamann/Nordrhein-Westfalen (14/83, Jurispr. blz. 1891, punt 26) en Harz/Deutsche Tradax (79/83, Jurispr. blz. 1921, punt 26), 15 mei 1986, Johnston/Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary (222/84, Jurispr. blz. 1651, punt 53), 8 oktober 1987, Kolpinghuis Nijmegen (80/86, Jurispr. blz. 3969, punt 12), 20 september 1988, Beentjes (31/87, Jurispr. blz. 4635, punt 39), 14 juli 1994, Faccini Dori (C-91/92, Jurispr. blz. I-3325, punt 24), 25 februari 1999, Carbonari (C-131/97, Jurispr. blz. I-1103, punt 48), 15 juni 2000, Brinkmann Tabakfabriken (365/98, Jurispr. blz. I-4619, punt 40), 27 juni 2000, Océano Grupo Editorial und Salvat Editores (C-240/98–C-244-98, Jurispr. blz. I-4941, punt 30), 13 juli 2000, Centrosteel (C-456/98, Jurispr. blz. I-6007, punt 16), 3 oktober 2000, Gozza (C-371/97, Jurispr. blz. I-7881, punt 37). In vergelijkbare zin ook arresten van 13 november 1990, Marleasing (C-106/89, Jurispr. blz. I-4135, punt 8), 15 mei 2003, Mau (C-160/01, Jurispr. blz. I-4791, punt 36), 22 mei 2003, Connect Austria (C-462/99, Jurispr. blz. I-5197, punt 38), 23 oktober 2003, Adidas-Salomon en Adidas Benelux (C-408/01, Jurispr. blz. I-12537, punt 21), en 9 maart 2004, Pfeiffer (C-397/01–C-403/01, Jurispr. blz. I-8835, punt 113). Zie dienaangaande Schweitzer, M./ Hummer, W./ Obwexer, W., *Europarecht*, Wenen 2007, blz. 82 e.v.

65 — Arresten von Colson en Kamann/Nordrhein-Westfalen (aangehaald in voetnoot 64, punt 28), en Harz/Deutsche Tradax (aangehaald in voetnoot 64, punt 28).

zover de nationale rechters daartoe bevoegd zijn. [66]

— Artikel 5, leden 4 en 5, van richtlijn 2005/29

82. De strikte uitlegging die het Oberste Gerichtshof aanhangt, zou echter wel moeten leiden tot een vergaande overeenstemming van de normatieve inhoud van § 9a, lid 1, sub 1, UWG met die van de richtlijnbepalingen.

De lijst van oneerlijke handelspraktijken in bijlage I van de richtlijn

84. Om te beginnen moet worden vastgesteld dat de handelspraktijk die § 9a, lid 1, UWG verbiedt, met geen van de in bijlage I bij de richtlijn opgesomde gevallen overeenkomt. Niet in aanmerking komt met name de in punt 16 genoemde situatie waarin reclame wordt gemaakt met het feit dat producten het winnen bij kansspelen kunnen vergemakkelijken. Hierbij gaat het om een bijzondere vorm van reclame, [67] maar niet om gezamenlijke aanbiedingen als zodanig. [68] Afgezien hiervan maakt verweerster in het hoofdgeding geenszins reclame met het feit dat de enkele aankoop van een product reeds een kans om te winnen geeft. Aangeboden wordt enkel de mogelijkheid van deelname aan een toch al

i) Toetsing aan het criterium van de richtlijnbepalingen

83. Hierna zal ik onderzoeken of het litigieuze verbod op gezamenlijke aanbiedingen in de strikte uitlegging van de Oostenrijkse rechtspraak verenigbaar is met de richtlijn. Daarbij zal ik te werk gaan volgens het in punt 66 van deze conclusie beschreven toetsingsschema.

66 — Naar de opvatting van Streinz, R., *Europarecht*, 8e druk, Heidelberg 2008, blz. 161, punt 456, vindt de verplichting tot richtlijnconforme uitlegging haar grens in de uitleggingsvatbaarheid van het nationale recht. Voor zover nationale rechters ook zijn bevoegd het recht te ontwikkelen, moeten zij naar zijn mening in voorkomend geval het nationale recht ook richtlijnconform verder ontwikkelen.

67 — Met betrekking tot de ratio legis van dit verbod zie Büllesbach, t.a.p. (voetnoot 21), blz. 114. Indien een handelaar beweert dat een product de kans om te winnen bij kansspelen vergemakkelijkt, suggereert hij dat de consument door de aankoop van het product de winstkans in zijn voordeel kan beïnvloeden. Volgens de schrijver is het echter een kenmerk van kansspelen, dat de winstkans vooral wordt bepaald door het toeval. Door dit toevalselement is een beïnvloeding van de uitkomst van het spel in beginsel ondenkbaar. Volgens de schrijver wordt de consument dus misleid ten aanzien van de geschiktheid van het product. Aangezien de bewering indirect de goklust aanspreekt, is er sprake van een bijzonder risico voor de consument, omdat zijn rationele besluitvorming sterk kan worden beïnvloed door de hoop op een grotere winstkans.

68 — Zie punt 85 van mijn conclusie in de zaak Plus, aangehaald in voetnoot 20.

voor eenieder via internet toegankelijk kansspel, zonder dat de koper hiermee een grotere kans om te winnen wordt beloofd. De consument die deel wil nemen aan de verkiezing van een „voetballer van het jaar", hoeft derhalve niet per se de betrokken krant te kopen, maar kan kiezen uit verschillende mogelijkheden van deelname. Dat zijn kans om te winnen door een andere wijze van deelname dan aankoop van de betrokken krant geringer zou zijn dan die van andere deelnemers, wordt niet gesuggereerd en blijkt ook niet bij objectieve beschouwing.

— Misleidende en agressieve handelspraktijken in de zin van artikel 5, lid 4, van de richtlijn

85. Het is de vraag of de handelspraktijk die § 9a, lid 1, UWG verbiedt, als misleidend of als agressief in de zin van artikel 5, lid 4, van de richtlijn kan worden aangemerkt. Dit beweert de Oostenrijkse regering, die in de litigieuze regeling tevens een omzetting van artikel 6, lid 1, sub d, respectievelijk van de artikelen 8 en 9 van de richtlijn ziet. [69]

— Misleidende handelspraktijken in de zin van de artikelen 6 en 7 van de richtlijn

86. Misleidende handelspraktijken worden, zoals een uitlegging van de artikelen 6 en 7 van de richtlijn laat zien, met name gekarakteriseerd door het element van bedrog ten aanzien van de voornaamste kenmerken van een product. Conform artikel 6, lid 1, sub d, van de richtlijn behoort ook de prijs tot de voornaamste kenmerken van een product.

87. In het arrest Oosthoek's Uitgeversmaatschappij [70], dat door de Oostenrijkse regering wordt aangehaald in haar opmerkingen, heeft het Hof in verband met de verenigbaarheid van een Nederlands verbod op geschenken met het vrij verkeer van goederen vastgesteld dat „het aanbieden van geschenken als middel tot verkoopbevordering bij de consument een verkeerde indruk kan wekken omtrent de werkelijke prijs van producten, en de mededingingsverhoudingen kan vervalsen". Het Hof heeft op grond daarvan geconcludeerd: „Een wettelijke regeling die om die reden dergelijke handelspraktijken beperkt of zelfs verbiedt, draagt dus bij tot de bescherming van de consument en de eerlijkheid van handelstransacties."

88. Deze vaststellingen, daterend van lang vóór de totstandkoming van richtlijn 2005/29, zijn nog steeds actueel, aangezien zij bij een juist begrip van de hierboven weergegeven passage uit het arrest eigenlijk betrekking hebben op het abstracte gevaar dat uitgaat

69 — Zie punt 55, blz. 21, van de schriftelijke opmerkingen van de Oostenrijkse regering.

70 — Arrest van 15 december 1982, Oosthoek's Uitgeversmaatschappij (286/81, Jurispr. blz. 4575, punt 18).

van gezamenlijke aanbiedingen waardoor de waarde van de afzonderlijke producten mogelijk niet voldoende duidelijk is. Hiernaar verwijst het werkwoord „kan" in de eerste volzin. Impliciet is het Hof derhalve uitgegaan van de noodzaak van een individuele toetsing, zoals ook de gemeenschapswetgever die wenst in richtlijn 2005/29.

89. Overigens blijkt duidelijk uit het genoemde arrest dat het Hof zijn antwoord op de vraag naar de verenigbaarheid van het Nederlandse verbod op geschenken met het vrij verkeer van goederen uitsluitend heeft gegeven op basis van de specifieke wettelijke vormgeving van dit verbod. Om die reden is het niet zonder meer mogelijk om de conclusies van het Hof naar analogie toe te passen op het onderhavige geval. Het argument dat elk gebruik van geschenken, ongeacht hun specifieke vorm, potentieel misleidend is, mist tegen deze achtergrond elke grondslag.

90. Bijgevolg kan de litigieuze regeling in de strikte uitlegging die de Oostenrijkse rechtspraak eraan geeft, niet worden beschouwd als verenigbaar met artikel 6, lid 1, sub d, van de richtlijn.

— Agressieve handelspraktijken in de zin van artikel 8 van de richtlijn

91. Een algemene indeling van gezamenlijke aanbiedingen in de categorie agressieve handelspraktijken komt eveneens niet in aanmerking, aangezien hiervoor op grond van artikel 8 van de richtlijn is vereist dat de keuzevrijheid en de vrijheid van handelen van de gemiddelde consument met betrekking tot het product wordt beperkt, onder meer door intimidatie, dwang of het gebruik van lichamelijk geweld.

92. Dit is echter noch kenmerkend voor gezamenlijke aanbiedingen, noch is hiervan sprake in het onderhavige geval. Derhalve is de litigieuze regeling ondanks een strikte uitlegging niet in overeenstemming met artikel 8 van de richtlijn.

— Artikel 5, lid 2, van richtlijn 2005/29

93. Volgens de richtlijn kan er verder alleen sprake zijn van een verbod, wanneer een handelspraktijk als oneerlijk moet worden aangemerkt omdat zij in strijd is met de vereisten van professionele toewijding en het economische gedrag van de gemiddelde consument met betrekking tot het product wezenlijk verstoort of kan verstoren. Hiervoor moet

cumulatief zijn voldaan aan de vereisten van artikel 5, lid 2, sub a en b. [71]

94. Het onderzoek naar de verenigbaarheid van § 9a, lid 1, sub 1, UWG met artikel 5, lid 2, van richtlijn 2005/29 vindt op zijn beurt plaats in twee stappen. Allereerst moet worden onderzocht of de regeling van § 9a, lid 1, sub 1, UWG, met inachtneming van de reeds genoemde strikte uitlegging, dezelfde juridische eisen stelt aan een verbod als de richtlijn. Indien dit het geval is, dient te worden onderzocht of deze nationale regeling uitsluitend situaties omvat die als oneerlijk in de zin van artikel 5, lid 2, zijn te beschouwen.

Het aanzienlijk kunnen verstoren van het gedrag van de gemiddelde consument

— Overeenstemming van de juridische vereisten

95. Een vergaande inhoudelijke overeenstemming tussen de litigieuze regeling en de bepalingen van richtlijn 2005/29 bestaat in ieder geval ten aanzien van het vereiste van artikel 5, lid 2, sub b. Ook volgens de strikte uitlegging van de Oostenrijkse rechters is immers voor het bestaan van een ongeoorloofd geschenk in de zin van § 9a, lid 1, UWG nodig dat het aankondigen, aanbieden of verstrekken ervan „het gedrag van het doelpubliek, objectief beschouwd, moet kunnen verstoren". Overigens wijst de verwijzende rechter zelf reeds op de mogelijkheid om dit in de Oostenrijkse rechtspraak ontwikkelde vereiste in de zin van artikel 5, lid 2, sub b, uit te leggen. [72] Hiertegen bestaat geen bezwaar, voor zover aan dit in wezen gelijkluidende vereiste in het nationale recht dezelfde betekenis wordt toegekend als in het gemeenschapsrecht.

— Overeenstemmende werkingssfeer

96. Onder „het economische gedrag van consumenten wezenlijk verstoren" moet volgens de definitie in artikel 2, sub e, van de richtlijn worden verstaan „een handelspraktijk gebruiken om het vermogen van de consument om een geïnformeerd besluit te nemen merkbaar

71 — In die zin Abbamonte, t.a.p. (voetnoot 57), blz. 21; Massaguer, J., *El nuevo derecho contra la competencia desleal — La Directiva 2005/29/CE sobre las Prácticas Comerciales Desleales*, Cizur Menor 2006, blz. 58; Maione, N., „Le pratiche commerciali sleali nella direttiva 2005/29/CE", *Lezioni di diritto privato europeo*, 2007, blz. 1068.

72 — Zie blz. 10 van de verwijzingsbeschikking.

te beperken, waardoor de consument tot een transactie besluit waartoe hij anders niet had besloten". Wat deze regeling beschermt, is de beslissingsvrijheid van de consument. [73]

97. Hoewel de verwijzende rechter in zijn prejudiciële vraag in algemene zin vraagt naar de verenigbaarheid van § 9a, lid 1, sub 1, UWG met de richtlijn, is voor de beslissing van het hoofdgeding niet de verenigbaarheid wat alle daaronder vallende gevallen (tijdschriften en premies) betreft relevant, maar slechts wat de koppeling van tijdschriften aan kansspelen betreft. Ook de partijen refereren in hun opmerkingen in de eerste plaats aan deze zeer specifieke vorm van gezamenlijke aanbiedingen, die vanuit het oogpunt van de consumentenbescherming problemen kan opleveren. Om die reden zal ik hierna slechts de gevolgen van deze concrete handelspraktijk voor het consumentengedrag nader bespreken.

73 — Echter niet het economisch belang van de consument. Volgens Abbamonte, t.a.p. (voetnoot 57), blz. 23, berust deze regeling op de basisveronderstelling dat oneerlijke handelspraktijken in de regel de voorkeuren van de consument verstoren, doordat zij zijn vrijheid respectievelijk zijn vermogen om besluiten te nemen beperken. Als gevolg hiervan zouden consumenten producten kopen die zij niet nodig hadden of die zij anders, zonder die beperking, als minderwaardig hadden beschouwd. Artikel 5, lid 2, sub b, van richtlijn 2005/29 vereist echter geen economische schade voor de consument. Een dergelijk vereiste zou volgens de schrijver onevenredig zijn geweest, aangezien hierdoor het niveau van bescherming van de consument binnen de Europese Unie aanzienlijk achteruit zou zijn gegaan.

98. De Oostenrijkse regering acht het bovengenoemde vereiste bij de koppeling van producten aan kansspelen vervuld. [74] Zij stelt dat de consument juist in het geval van kranten en tijdschriften met een naar verhouding lage stukprijs, zoals in het hoofdgeding, vanwege de kans om te winnen om niet-objectieve redenen over zal gaan tot de aankoop van het hoofdproduct. Juist hier kan het vooruitzicht van een kosteloze deelname aan een spel met de kans op een onevenredig hoge prijs het koopgedrag van de consument in de mediasector wezenlijk verstoren.

99. De Oostenrijkse regering moet gelijk worden gegeven dat het gebruik van kansspelen in de reclamebranche absoluut de goklust bij de mens kan opwekken. Zoals ik reeds in mijn conclusie in de zaak Plus [75] heb uiteengezet, gaat van dergelijke spelen, niet in de laatste plaats door de kans op soms zeer hoge prijzen, een zekere aantrekkingskracht uit voor de mens. Zij kunnen de aandacht van potentiële klanten trekken en hun in het kader van de gekozen reclamestrategie in de richting van bepaalde doelstellingen leiden. Het aangevoerde argument, dat een dergelijke

74 — Zie punt 51, blz. 20, van de schriftelijke opmerkingen van de Oostenrijkse regering.

75 — Aangehaald in voetnoot 17, punt 93.

handelspraktijk het koopgedrag van de consument in de mediasector wezenlijk kan verstoren, kan dan ook in het algemeen niet van de hand worden gewezen.

100. Het valt evenwel te betwijfelen of een dergelijke generalisatie zonder meer verenigbaar is met de bepalingen van het gemeenschapsrecht. Enerzijds vereist richtlijn 2005/29 immers, zoals reeds gezegd, een beoordeling van alle omstandigheden van het concrete geval door de nationale rechterlijke en bestuurlijke instanties alvorens tot de oneerlijkheid van een concrete handelspraktijk te kunnen concluderen [76], en anderzijds neemt de richtlijn de perceptie van een gemiddelde consument respectievelijk van een gemiddeld lid van een groep consumenten tot uitgangspunt voor de beoordeling van de werking van de betrokken reclamepraktijk.

101. Zoals blijkt uit punt 18 van de considerans van de richtlijn, komt het in de richtlijn gebruikte begrip van de gemiddelde consument precies overeen met de in de rechtspraak van het Hof ontwikkelde definitie van consument [77], die „normaal geïnformeerd en redelijk omzichtig en oplettend is", waarbij rekening moet worden gehouden met „maatschappelijke, culturele en taalkundige factoren". In de laatste volzin van punt 18 van de considerans wordt het begrip gemiddelde consument nader toegelicht, waarbij wordt benadrukt dat dit „geen statistisch criterium" is. Bovendien wordt verlangd dat „nationale rechtbanken en autoriteiten [...], rekening houdend met de jurisprudentie van het Hof van Justitie, hun eigen oordeel volgen om vast te stellen wat de typische reactie van de gemiddelde consument in een bepaald geval is".

102. De door het Hof ontwikkelde methode voor het onderzoek van de gevolgen van een reclamepraktijk voor een gemiddelde consument berust op het evenredigheidsbeginsel. Deze beoogt een juist evenwicht te bereiken tussen het doel van de consumentenbescherming enerzijds en de noodzaak het vrij verkeer van goederen binnen een door een vrije mededinging gekenmerkte interne markt te bevorderen anderzijds. Met richtlijn 2005/29 codificeert de gemeenschapswetgever thans deze methode, waarbij hij de onderzoekstaak — in overeenstemming met de rechtspraak van het Hof — aan de nationale

76 — Zie punten 76 tot en met 78 van deze conclusie.

77 — Zie voor de definitie van consument in de rechtspraak van het Hof, arresten van 16 januari 1992 (C-373/90, X, Jurispr. blz. I-131, punten 15 en 16), 16 juli 1998, Gut Springenheide en Tusky (C-210/96, Jurispr. blz. I-4657, punt 31), 4 mei 1999, Windsurfing Chiemsee (C-108/97 en C-109/97, Jurispr. blz. I-2779, punt 29), 13 januari 2000, Estée Lauder (C-220/98, Jurispr. blz. I-117, punt 27), 21 juni 2001, Commissie/Ierland (C-30/99, Jurispr. blz. I-4619, punt 32), 24 oktober 2002, Linhart en Biffl (C-99/01, Jurispr. blz. I-9375, punt 31), 8 april 2003, Pippig Augenoptik (C-44/01, Jurispr. blz. I-3095, punt 55), 12 februari 2004, Koninklijke KPN Nederland (C-363/99, Jurispr. blz. I-1619, punt 77) en Henkel (C-218/01, Jurispr. blz. I-1725, punt 50), 9 maart 2006, Matratzen Concord (C-421/04, Jurispr. blz. I-2303, punt 24), en 19 september 2006, Lidl Belgium (C-356/04, Jurispr. blz. I-8501, punt 78).

rechterlijke en bestuurlijke instanties overlaat. Daarmee moet worden voorkomen dat dezelfde handelspraktijken in de afzonderlijke lidstaten verschillend worden beoordeeld, waardoor een hogere mate van rechtszekerheid voor consumenten en concurrenten wordt bereikt. [78]

103. Het criterium van de „normaal geïnformeerde en redelijk omzichtige en oplettende gemiddelde consument" dient juridisch aldus te worden uitgelegd dat hoge eisen moeten worden gesteld aan de vervulling van de voorwaarde van artikel 5, lid 2, sub b, teneinde een redelijke verhouding tussen beide doelstellingen te bewaren. Niet elke handelspraktijk mag onder deze bepaling worden gebracht alleen vanwege het feit dat de koopbeslissing erdoor kan worden beïnvloed. In het gemeenschapsrecht wordt de consument namelijk geacht het potentiële gevaar van bepaalde handelspraktijken te herkennen en daarop rationeel te reageren. [79] Dit is ook consequent vanuit wetgevingsoogpunt, wil men niet alle, wellicht provocatieve, maar in het algemeen als onschadelijk aangemerkte vormen van reclame reeds als oneerlijk beschouwen en daarom verbieden. [80]

104. Zoals verweerster in het hoofdgeding mijns inziens terecht aanvoert [81], is een gemiddelde hedendaagse consument zich er in de regel van bewust dat met reclame en verkoopbevordering in een vrije markteconomie niet alleen wordt geprobeerd klanten te winnen door middel van de prijs en de kwaliteit van een product, maar ook door talrijke aanvullende voordelen in het vooruitzicht te stellen. Deze voordelen kunnen inspelen op gevoelens, zoals bijvoorbeeld reclame die het gevoel van vrijheid en onafhankelijkheid of het behoren tot een bepaalde sociale groep overbrengt, maar zij kunnen ook bestaan uit een daadwerkelijk economisch voordeel, zoals geschenken. Het is derhalve logisch het binnen het communautaire regelingskader

78 — Abbamonte, t.a.p. (voetnoot 57), blz. 25, wijst erop dat de gemeenschapswetgever deze methode, die de rechterlijke instanties van diverse lidstaten niet toepasten, thans door middel van richtlijn 2005/29 codificeert. De schrijver is van mening dat daardoor het gevaar van verschillende beoordelingen van dezelfde handelspraktijken binnen de Europese Unie wordt beperkt en de rechtszekerheid wordt verhoogd. Zie in die zin ook Wiebe, t.a.p. (voetnoot 38), blz. 75, en Micklitz, H. W., „Das Konzept der Lauterkeit in der Richtlinie 2005/29/EG", *Droit de la consommation/Konsumentenrecht/Consumer law, Liber amicorum Bernd Stauder*, Basel 2006, blz. 311. Weatherill, t.a.p. (voetnoot 58), blz. 135, stelt dat het gebruik van het criterium van de gemiddelde consument vanwege het verschillende consumentengedrag weliswaar kunstmatig lijkt, maar voor een functionerend, geharmoniseerd systeem van regulering onontkoombaar is.

79 — Lecheler, H., „Verbraucherschutz", in: *Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts* (uitg. Manfred Dauses), deel 2, München 2004, H.V, punt 27, blz. 11, interpreteert de rechtspraak van het Hof (in voetnoot 77 van deze conclusie) aldus dat wordt uitgegaan van een in beginsel verstandig en oplettend handelende consument die in staat is zich te oriënteren en zijn gedrag zelf te bepalen.

80 — Zo wijst Maione, t.a.p. (voetnoot 71), blz. 1068, erop dat naar de wil van de gemeenschapswetgever niet elke handelspraktijk die het inkoopgedrag van de consument verstoort, verboden is, maar slechts die praktijken die in strijd zijn met de professionele toewijding, doordat zij de beslissingsvrijheid van de consument beperken.

81 — Zie blz. 10 van de schriftelijke opmerkingen van verweerster in het hoofdgeding.

aan een normaal geïnformeerde en redelijk omzichtige en oplettende consument over te laten te beslissen of hij een product koopt vanwege de aangeprezen voordelen, de kwaliteit of de lage prijs ervan. [82]

de consument worden ervaren. [83] Tegelijkertijd zou het het vrij verkeer van goederen en diensten onevenredig beperken. Een dergelijk verbod zou namelijk verder gaan dan nodig is om zowel de belangen van de consument als het vrij verkeer van goederen en diensten te waarborgen.

— Tussenconclusie

105. De veronderstelling die inherent is aan een principieel wettelijk verbod, dat elke koppeling tussen een product en een kansspel ongeacht het werkelijke risico en ongeacht de bijzonderheden van de betrokken doelgroep gevaarlijk is en om die reden verboden moet worden, zou geen recht doen aan het gemeenschapsrechtelijke beeld van de consument. Het zou uiteindelijk als een betutteling van

106. Samenvattend kan worden vastgesteld dat het in § 9a, lid 1, sub 1, UWG opgenomen verbod op gezamenlijke aanbiedingen in de strikte uitlegging die er in de Oostenrijkse rechtspraak aan wordt gegeven, berust op een afweging van de wetgever die niet voldoet aan de bepalingen van richtlijn 2005/29.

107. Hoewel deze conclusie reeds voldoende is om de eerste prejudiciële vraag bevestigend te beantwoorden, zal ik hierna, als antwoord op de opmerkingen van de verwijzende rechter en de Oostenrijkse regering, subsidiair

82 — In die zin ook Kucsko, t.a.p. (voetnoot 39), blz. 709, die twijfelt of de gedachte die ten grondslag lag aan de voorbereidende stukken van het Prämiengesetz van 1929 (waarop het verbod op geschenken van § 9a, lid 1, sub 1, UWG uiteindelijk is gebaseerd), in de huidige tijd nog wel van doorslaggevend belang kan zijn. De consument is naar zijn mening tegenwoordig veel oplettender en beter geïnformeerd. Ook is de reclamesector in de laatste decennia duidelijk veranderd. Volgens de schrijver wordt de consument nu veel meer geconfronteerd met — zeker niet altijd objectieve — reclame voor producten en is hij daaraan gewend geraakt. Het „imago" van bepaalde merken is beladen met bepaalde associaties die al lang niets meer te maken hebben met de eigenlijke producteigenschappen. Anderzijds is het vermogen van de consument om kritisch te oordelen, door de voortdurende publicatie van objectieve vergelijkende tests, door keurmerken, door kritische consumentenbladen enzovoorts niet alleen voor de betreffende testproducten, maar ook in het algemeen sterk verbeterd, zo de schrijver. De consument is om die reden vandaag de dag veel beter in staat om zelf te beoordelen of hij zich „op niet-objectieve wijze wil laten verleiden", of dat hij de prijs voor het hoofdproduct te hoog vindt. In het geval van een geschenk ontvangt hij volgens de schrijver bovendien meer dan een immaterieel „imago", hij krijgt een reëel product of een reële prestatie. Het paternalistische argument dat de consument beschermd dient te worden, is naar de mening van de schrijver vandaag de dag niet meer overtuigend.

83 — Heidinger, t.a.p. (voetnoot 17), blz. 46, en Wittmann, H., „EuGH: Zugabenverbot vor dem Fall?", *Medien und Recht*, 6/2008, blz. 284, gaan in op de door de verwijzende rechter in de verwijzingsbeschikking geuite bezwaren. Zij wijzen erop dat de aan artikel 5, lid 2, van richtlijn 2005/29 ten grondslag liggende idee van een mondige consument zich ertegen verzet om in het onderhavige geval een oneerlijke handelspraktijk aan te nemen. Een zo vergaande consumentenbescherming is naar hun mening in strijd met het tijdsbeeld van een mondige consument die zijn economische beslissingen in beginsel ook op grond van niet-objectieve overwegingen moet mogen nemen.

de verenigbaarheid van de litigieuze regeling met de andere vereisten van artikel 5, lid 2, van de richtlijn onderzoeken.

Schending van de professionele toewijding

— Overeenstemming van de juridische vereisten

108. Een duidelijk herkenbaar verschil met de bepalingen van de richtlijn is dat de essentiële voorwaarde van schending van de professionele toewijding, die artikel 5, lid 2, sub a, van de richtlijn stelt, in het geheel niet in de litigieuze bepaling is terug te vinden, ook niet bij een strikte uitlegging ervan.

109. De Oostenrijkse regering voert in dit verband aan dat het vereiste van professionele toewijding eigenlijk impliciet ten grondslag ligt aan de litigieuze regeling, aangezien deze beoogt de mededinging tegen de gevaren van uitbuiting van de speelzucht van consumenten te beschermen. Of er sprake is van professionele toewijding dient de rechter in het concrete geval te toetsen aan de hand van de beroepsspecifieke eisen. [84] Dit argument is aldus op te vatten dat de litigieuze nationale regeling ook dit vereiste zou omzetten, eventueel door middel van een corrigerende uitlegging van de bevoegde rechter.

110. Deze opmerkingen met betrekking tot het nationale recht kunnen evenwel niet overtuigen. De verwijzende rechter wijst er in dit verband immers uitdrukkelijk op dat de Oostenrijkse rechterlijke instanties, anders dan in het geval van het reeds genoemde vereiste van een wezenlijke verstoring van het consumentengedrag [85], niet in staat zijn te onderzoeken of het aankondigen, aanbieden of verstrekken van geschenken ook principieel oneerlijk is, want in strijd met de vereisten van professionele toewijding. [86] De verwijzende rechter betwijfelt daarom of een algemeen verbod op geschenken in zijn huidige vorm verenigbaar is met richtlijn 2005/29.

— Tussenconclusie

111. De uiteenzetting van de verwijzende rechter bevestigt derhalve mijn opvatting dat het in § 9a, lid 1, sub 1, UWG opgenomen

84 — Zie punt 47, blz. 19, van de schriftelijke opmerkingen van de Oostenrijkse regering.

85 — Zie punt 95 van deze conclusie.

86 — Zie blz. 10 van de verwijzingsbeschikking.

verbod op gezamenlijke aanbiedingen ook ten aanzien van het in artikel 5, lid 2, sub a, bepaalde niet voldoet aan de eisen van de richtlijn. Bijgevolg is er geen sprake van overeenstemming tussen de juridische vereisten van artikel 5, lid 2, sub a, en die van de litigieuze regeling. Ook is niet aangetoond dat in het Oostenrijkse recht inzake oneerlijke mededinging een ander vereiste bestaat dat ongeveer overeenkomt met de juridische vereisten van artikel 5, lid 2, sub a.

112. Gezien het feit dat dit reeds voldoende is voor de vaststelling van de onverenigbaarheid van de litigieuze regeling met artikel 5, lid 2, van richtlijn 2005/29, acht ik het niet noodzakelijk het onderzoek aan de hand van deze richtlijnbepaling voort te zetten.

c) Conclusie

113. Een nationale regeling als § 9a, lid 1, sub 1, UWG in de hieraan gegeven uitlegging, die voorziet in een principieel verbod op gezamenlijke aanbiedingen zonder dat rekening kan worden gehouden met de omstandigheden van elk concreet geval, is derhalve naar zijn aard restrictiever en strenger dan de regeling van richtlijn 2005/29.

114. In dit verband is van belang dat § 9a, lid 1, sub 1, UWG een gebied betreft dat volledig is geharmoniseerd en waarop de overgangsregelingen van artikel 3, lid 5, van de richtlijn niet van toepassing zijn. Ook is door geen van de partijen aangetoond dat de litigieuze nationale regeling tot een van de gebieden behoort die in punt 9 van de considerans van de richtlijn worden genoemd. [87] De uitzonderingsbepaling van artikel 3, lid 9, van richtlijn 2005/29 is evenmin van toepassing.

115. Het principiële koppelingsverbod van § 9a, lid 1, sub 1, UWG in de hierboven beschreven strikte uitlegging komt uiteindelijk neer op een uitbreiding van de lijst van verboden handelspraktijken in bijlage I bij de richtlijn, wat de lidstaten echter juist niet is toegestaan, gelet op de door richtlijn 2005/29 gerealiseerde volledige en maximale

87 — Zoals Schuhmacher, t.a.p. (voetnoot 21), blz. 131, terecht opmerkt, worden in punt 9 van de considerans van richtlijn 2005/29 bepaalde grenzen gesteld aan de volledige harmonisatie. Desondanks heeft geen van de partijen in de onderhavige prejudiciële procedure uitdrukkelijk aangevoerd dat deze grenzen van toepassing zijn in het hoofdgeding. Dit lijkt objectief beschouwd ook niet het geval te zijn.

harmonisatie.[88] Eenzijdige uitbreiding van deze lijst door de lidstaten is bovendien verboden omdat volgens artikel 5, lid 5, deze lijst alleen aangepast mag worden door wijziging van de richtlijn zelf, dat wil zeggen volgens de medebeslissingsprocedure van artikel 251 EG.

116. Gezien het bovenstaande kom ik tot de conclusie dat een nationale regeling als die in § 9a, lid 1, sub 1, UWG, ondanks een strikte uitlegging, niet strookt met de bepalingen van richtlijn 2005/29.

Intrekking van het voorstel van de Commissie voor een verordening betreffende de verkoopbevordering in de interne markt

117. De Oostenrijkse regering baseert een gedeelte van haar redenering op bepalingen uit het door de Commissie uiteindelijk ingetrokken voorstel voor een verordening betreffende de verkoopbevordering in de interne markt.[89] Deze bepalingen betreffen onder meer het aanbieden van gratis leveringen, geschenken of de mogelijkheid om deel te nemen aan een prijsvraag en kansspelen. De Oostenrijkse regering meent uit de intrekking van dit ontwerp te kunnen concluderen dat de daarin geregelde materie thans niet geregeld is en dus niet bijvoorbeeld onder richtlijn 2005/29 valt.

118. De gevolgen van de intrekking van het Commissievoorstel heb ik reeds in mijn conclusies in de zaken VTB-VAB en Galatea[90] en in de zaak Plus[91] uitvoerig besproken. Aanleiding hiervoor was de in wezen gelijkluidende redenering van de Belgische en de Duitse regering in die zaken. Daarin heb ik uiteengezet waarom mijns inziens noch uit het voorstel van de Commissie voor een verordening betreffende de verkoopbevordering in de interne markt, noch uit de in het kader van de wetgevingsprocedure ingediende wijzigingsvoorstellen conclusies met betrekking tot de uitlegging van richtlijn 2005/29 kunnen worden getrokken.

88 — Abbamonte, t.a.p. (voetnoot 57), blz. 21, wijst erop dat de lidstaten de in bijlage I bij richtlijn 2005/29 vervatte uitputtende lijst van verboden handelspraktijken niet zelf mogen uitbreiden. Indien zij dat wel mochten doen, zou dat ertoe leiden dat de met de richtlijn beoogde maximale harmonisatie wordt omzeild, waardoor het doel van rechtszekerheid niet zou worden verwezenlijkt. Volgens Keirsbilck, t.a.p. (voetnoot 14), blz. 522, is de in bijlage I vervatte lijst van verboden handelspraktijken uitputtend.

89 — Voorstel van de Commissie voor een verordening van het Europees Parlement en de Raad betreffende de verkoopbevordering in de interne markt van 15 januari 2002, COM(2001) 546 def.

90 — Aangehaald in voetnoot 15, punten 90 tot en met 94.

91 — Aangehaald in voetnoot 20, punten 106 tot en met 111.

119. Het bovengenoemde voorstel heeft namelijk betrekking op een gemeenschapsregeling die uiteindelijk nooit van kracht is geworden en om die reden nooit bestand van de communautaire rechtsorde is geworden. Derhalve kan het niet zonder meer als uitleggingsinstrument worden gebruikt. Dit geldt temeer wanneer de Commissie haar voorstel, zoals in casu het genoemde voorstel voor een verordening, op eigen initiatief heeft ingetrokken. De Commissie heeft een initiatiefrecht en kan derhalve ook haar voorstellen intrekken. Bovendien kunnen de Raad en het Parlement in het kader van het wetgevingsproces tal van wijzigingen aanbrengen in een Commissievoorstel, zodat de betekenis van een dergelijk voorstel als uitleggingsinstrument beperkt is. [92] Over de definitieve tekst van een dergelijke verordening kan derhalve slechts worden gespeculeerd. Daarom kan een dergelijk voorstel geen gewettigd vertrouwen doen ontstaan.

120. Een lidstaat kan zich nog minder met succes beroepen op bescherming van een gewettigd vertrouwen, wanneer hij nauw betrokken was bij beide wetgevingsprocedures. De wetgevingsprocedures voor de verordening en voor richtlijn 2005/29 verliepen ten dele parallel. Als grondwettelijke vertegenwoordigster van een in de Raad vertegenwoordigde lidstaat was de Oostenrijkse regering nauw betrokken bij beide wetgevingsprocedures en dus op elk moment op de hoogte van het verloop ervan. Zij kan zich dan ook niet geldig beroepen op onbekendheid met de ontwikkelingen in beide wetgevingsprocedures.

121. Het Hof heeft de bijzondere verantwoordelijkheid van de in de Raad vertegenwoordigde regeringen van de lidstaten bij de uitvoering van richtlijnen onderstreept. Uit hun deelname aan de voorbereiding van de richtlijnen heeft het geconcludeerd dat zij dan ook in staat moeten zijn, binnen de gestelde termijn de voor de uitvoering daarvan noodzakelijke wettelijke regeling op te stellen. [93]

122. Uiterlijk op het tijdstip van intrekking van het Commissievoorstel [94] had de Oostenrijkse regering derhalve moeten toetsen

92 — Zie punt 83 van mijn conclusie van 29 oktober 2009 in de nog aanhangige zaak C-484/08, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid/Ausbanc. In die zin Riesenhuber, K., „Die Auslegung", in: *Europäische Methodenlehre*, Berlijn 2006, blz. 257, punt 31. De auteur merkt op dat de historische uitlegging in het Europees privaatrecht, waarbij het om de voorgeschiedenis en de ontstaansgeschiedenis gaat, een centrale rol speelt. Indien met de uitlegging wordt beoogd de wil van de wetgever te achterhalen, dient om te beginnen te worden bepaald wiens wil maatgevend is. Als democratisch gelegitimeerde wetgever zouden enkel de wetgevende organen zijn te beschouwen die in het concrete geval met de rechtshandeling hebben ingestemd. Verschillende organen, zo vervolgt de auteur, behoeven slechts te worden geraadpleegd, en ook de Commissie heeft slechts een initiatiefrecht en de mogelijkheid, haar voorstellen in te trekken. Haar voorstellen kunnen in de loop van het wetgevingsproces naar believen worden gewijzigd. Voor zover voorstellen dan wel wensen van de Commissie niet worden overgenomen, zou daaraan hooguit (doch niet per definitie) een argument a contrario kunnen worden ontleend.

93 — Arresten van 1 maart 1983, Commissie/België (301/81, Jurispr. blz. 467, punt 11), en 23 november 2000, Commissie/Frankrijk (C-319/99, Jurispr. blz. I-10439, punt 10).

94 — Het besluit van de Commissie om haar voorstel in te trekken, is bekendgemaakt in PB 2006, C 64, blz. 3. Zij had dit besluit reeds aangekondigd in haar mededeling „Resultaat van de screening van wetgevingsvoorstellen die bij de wetgever hangende zijn", COM(2005) 462 def., blz. 10, van 27 september 2005.

in hoeverre de materiële werkingssfeer van richtlijn 2005/29 zich ook uitstrekte tot gebieden die tot dan toe onder de voorgenomen verordening vielen. De noodzaak daartoe lag voor de hand, aangezien de richtlijn volgens het oorspronkelijk concept ervan bedoeld was om enerzijds algemene, subsidiaire regelingen op het gebied van de bescherming van de consument in te voeren, en anderzijds een volledige harmonisatie van de nationale regels inzake oneerlijke handelspraktijken te verwezenlijken. [95] Gezien het feit dat de intrekking plaatsvond op een tijdstip waarop de termijn voor omzetting van de richtlijn nog niet verstreken was, stond het aan de Oostenrijkse wetgever om bij de aanpassing van het nationale recht hiermee rekening te houden.

123. Ten slotte moet erop worden gewezen dat het Hof in het arrest VTB-VAB en Galatea niet is ingegaan op de in wezen gelijkluidende redenering van de Belgische regering, waarmee het impliciet heeft aangegeven dat het deze redenering niet overneemt. Dit laatste is uiteindelijk bevestigd in het arrest Plus. [96]

124. Derhalve moet dit argument worden afgewezen.

5. Gevolgtrekkingen

125. Samenvattend kan worden vastgesteld dat tegen de verenigbaarheid van de litigieuze nationale regeling met de bepalingen van richtlijn 2005/29 ten eerste pleit dat de nationale, als principieel verbod geformuleerde regeling op een wijze gestructureerd is die beoordeling van de eerlijkheid van een bepaalde handelspraktijk in het concrete geval niet in dezelfde mate toelaat als de richtlijn. [97]

126. Verder moet worden vastgesteld dat de bepalingen van artikel 5, lid 2, 4 en 5, van de richtlijn niet op de juiste wijze zijn omgezet in de litigieuze nationale regeling — ook indien rekening wordt gehouden met de strikte uitlegging die de Oostenrijkse rechtspraak volgt. De reden hiervan is dat de wettelijke vereisten van het nationale recht of niet voldoen aan de vereisten van de richtlijn voor de kwalificatie van een handelspraktijk als oneerlijk, of niet in overeenstemming met de richtlijn kunnen worden uitgelegd.

95 — In die zin ook Stuyck, t.a.p. (voetnoot 18), blz. 161, die vermoedt dat sommige lidstaten zich er klaarblijkelijk niet van bewust zijn geweest dat de regelingen van het ingetrokken verordeningsvoorstel die de verhouding tussen de handelaar en de consument betroffen, uiteindelijk toch door richtlijn 2005/29 (vanwege haar doelstelling van een volledige harmonisatie) zijn opgevangen.

96 — Arrest Plus (aangehaald in voetnoot 5, punt 33).

97 — Zie punten 76 tot en met 79 van deze conclusie.

127. Aangezien richtlijn 2005/29 zich verzet tegen een verbod op gezamenlijke aanbiedingen zoals dat voorzien in § 9a, lid 1, sub 1, UWG, hoeft niet te worden ingegaan op een eventuele schending van de fundamentele vrijheden. [98]

128. Gelet op een en ander moet de eerste prejudiciële vraag aldus worden beantwoord dat de bepalingen van richtlijn 2005/29 in de weg staan aan een nationale regeling die, afgezien van limitatief opgesomde uitzonderingen, het aankondigen, aanbieden of verstrekken van geschenken bij kranten en tijdschriften alsook het aankondigen van geschenken bij andere goederen of diensten verbiedt zonder dat het misleidende, agressieve of anderszins oneerlijke karakter van deze handelspraktijk in het concrete geval hoeft te worden aangetoond, ook indien deze regeling niet alleen ter bescherming van consumenten dient, maar eveneens ter bereiking van andere doeleinden die niet binnen het materiële toepassingsgebied van de richtlijn vallen, bijvoorbeeld de instandhouding van de pluriformiteit van de pers of de bescherming van zwakkere concurrenten.

129. Tot slot herinner ik er in dit verband aan dat — anders dan de verwijzende rechter lijkt aan te nemen [99] — volgens de rechtspraak van het Hof [100] het gemeenschapsrecht in ieder geval niet verlangt dat de nationale rechter in een geding tussen particulieren bepalingen van nationaal recht die niet verenigbaar zijn met een richtlijn, buiten toepassing laat.

C — De tweede prejudiciële vraag

130. De tweede prejudiciële vraag houdt bij een redelijke uitlegging in wezen in, of een bepaalde handelspraktijk onder bepaalde omstandigheden die de verwijzende rechter klaarblijkelijk aanwezig acht, kan worden aangemerkt als „oneerlijk" in de zin van artikel 5, lid 2, van richtlijn 2005/29. Concreet gaat de verwijzende rechter in zijn toelichting uit van de veronderstelling dat „de aan de koop van een krant verbonden deelnamemogelijkheid tenminste voor een deel van de doelgroep weliswaar niet de enige, maar wel de doorslaggevende reden vormt om de krant te kopen". Dit aspect is in de eerste plaats relevant

98 — Zie arrest VTB-VAB en Galatea (aangehaald in voetnoot 4, punt 67).

99 — Zie punt 2.2 op blz. 13 van de verwijzingsbeschikking. Daarin geeft de verwijzende rechter aan dat ingeval het Hof de eerste prejudiciële vraag bevestigend beantwoordt, zijns inziens § 9a, lid 1, sub 1, UWG „ongeldig" is.

100 — Zie met betrekking tot de horizontale rechtstreekse werking van richtlijnen arresten Marleasing (aangehaald in voetnoot 64), punt 6, en Faccini Dori (aangehaald in voetnoot 64), punten 24 e.v., en arrest van 26 september 2000, Unilever Italia (C-443/98, Jurispr. blz. I-7535, punt 50). Zie met betrekking tot de mogelijkheid van een op het gemeenschapsrecht gebaseerde aansprakelijkheidsvordering tegen de staat indien de nationale bepalingen niet in overeenstemming met de richtlijn kunnen worden uitgelegd, arresten van 8 oktober 1996, Dillenkofer e.a. (C-178/94, C-179/94 en C-188/94 tot C-190/94, Jurispr. blz. I-4845), 24 september 1998, EvoBus Austria (C-111/97, Jurispr. blz. I-5411, punten 27 en 28), en 28 oktober 1999, Alcatel Austria (C-81/98, Jurispr. blz. I-7671, punten 49 en 50).

voor de beantwoording van de vraag of in het concrete geval sprake is van een wezenlijke verstoring van het economisch gedrag van de gemiddelde consument zoals bedoeld in artikel 5, lid 2, sub b, van de richtlijn.

131. Artikel 5, lid 2, sub b, van de richtlijn geeft duidelijk aan dat het in de eerste plaats aankomt op de gevolgen van een bepaalde handelspraktijk voor het gedrag van de gemiddelde consument die zij bereikt of op wie zij gericht is. Deze richtlijnbepaling neemt de door het Hof ontwikkelde onderzoeksmethode niet alleen over, maar verfijnt deze door haar aan te passen aan situaties waarin de belangen van specifieke groepen worden geraakt. [101] Voor zover een bepaalde handelspraktijk is gericht op een bepaalde groep van consumenten, is doorslaggevend of deze handelspraktijk het economisch gedrag van een gemiddeld lid van deze groep wezenlijk verstoort of wezenlijk kan verstoren. Bij dit onderzoek is het perspectief van deze gemiddelde consument van belang, waarbij onder meer rekening dient te worden gehouden met diens verwachtingen en te voorziene reacties. [102]

132. Gezien het feit dat de door verweerster in het hoofdgeding in haar krant gepubliceerde uitnodiging om deel te nemen aan de prijsvraag klaarblijkelijk in een algemene krant en niet bijvoorbeeld in een sportkrant is verschenen, moet de nationale rechter onderzoeken in hoeverre dit aanbod eventueel gericht is op een bepaalde lezersgroep en om die reden deze tweede toetsingsmaatstaf dient te worden toegepast.

133. Dit neemt niet weg dat, om een handelspraktijk als oneerlijk in de zin van artikel 5, lid 2, te kunnen kwalificeren, cumulatief moet zijn voldaan aan de vereisten van lid 2, sub a en b. [103] Derhalve moet in het hoofdgeding tevens sprake zijn van schending van de vereisten van de professionele toewijding. Het begrip „professionele toewijding" is in artikel 2, sub h, van de richtlijn gedefinieerd als „het normale niveau van bijzondere vakkundigheid en zorgvuldigheid dat redelijkerwijs van een handelaar ten aanzien van consumenten mag worden verwacht, overeenkomstig eerlijke marktpraktijken en/of het algemene beginsel van goede trouw in de sector van de handelaar". De nationale rechter dient te onderzoeken of in het onderhavige geding sprake is van een dergelijke schending.

134. Gezien het bovenstaande zou het antwoord op de tweede prejudiciële vraag moeten luiden dat de aan de koop van een krant verbonden mogelijkheid om deel te nemen aan een prijsvraag, niet reeds een oneerlijke handelspraktijk in de zin van artikel 5, lid 2, van richtlijn 2005/29 is omdat deze deelnamemogelijkheid, tenminste voor een deel van de doelgroep, weliswaar niet de enige, maar wel de doorslaggevende reden vormt om de krant te kopen.

101 — In die zin ook Abbamonte, t.a.p. (voetnoot 57), blz. 25, die spreekt van een verfijning door middel van een modulering van deze onderzoeksmethode wanneer de belangen van specifieke groepen worden geraakt.

102 — Abbamonte, t.a.p. (voetnoot 57), blz. 25, noemt voorbeelden van de toepassing van deze regeling. Indien een handelspraktijk is gericht op een bepaalde groep consumenten, bijvoorbeeld kinderen of raketbouwers, dient naar zijn mening te worden uitgegaan van het perspectief van een gemiddeld lid van deze groep. In het geval van speelgoedreclame in een televisieprogramma voor kinderen zal moeten worden uitgegaan van de verwachtingen en te voorziene reacties van een gemiddeld kind uit de doelgroep en zal geen rekening worden gehouden met die verwachtingen en reacties die eigen zijn aan een kind dat relatief onrijp is.

103 — Zie punt 93 van deze conclusie.

VII — Conclusie

135. Gezien het bovenstaande geef ik het Hof in overweging de prejudiciële vragen van het Oberste Gerichtshof als volgt te beantwoorden:

„1) De bepalingen van richtlijn 2005/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 mei 2005 betreffende oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten op de interne markt en tot wijziging van richtlijn 84/450/EEG van de Raad, richtlijnen 97/7/EG, 98/27/EG en 2002/65/EG van het Europees Parlement en de Raad en van verordening (EG) nr. 2006/2004 van het Europees Parlement en de Raad (richtlijn oneerlijke handelspraktijken) dienen aldus te worden uitgelegd dat zij in de weg staan aan een nationale regeling als § 9a, lid 1, sub 1, UWG, die, afgezien van limitatief opgesomde uitzonderingen, het aankondigen, aanbieden of verstrekken van geschenken bij kranten en tijdschriften alsook het aankondigen van geschenken bij andere goederen of diensten verbiedt zonder dat het misleidende, agressieve of anderszins oneerlijke karakter van deze handelspraktijk in het concrete geval hoeft te worden aangetoond, ook indien deze regeling niet alleen ter bescherming van consumenten dient, maar eveneens ter bereiking van andere doeleinden die niet binnen het materiële toepassingsgebied van de richtlijn vallen, bijvoorbeeld de instandhouding van de pluriformiteit van de pers of de bescherming van zwakkere concurrenten.

2) De aan de koop van een krant verbonden mogelijkheid om deel te nemen aan een prijsvraag is niet reeds een oneerlijke handelspraktijk in de zin van artikel 5, lid 2, van richtlijn 2005/29 omdat deze deelnamemogelijkheid, tenminste voor een deel van de doelgroep, weliswaar niet de enige, maar wel de doorslaggevende reden vormt om de krant te kopen."