MEDIAPRINT ZEITUNGS- UND ZEITSCHRIFTENVERLAG

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT VERICA TRSTENJAK
föredraget den 24 mars 2010[1]

Innehållsförteckning

I – Inledning ..... I - 10913

II – Tillämpliga bestämmelser ..... I - 10914

A – Gemenskapsrätten ..... I - 10914

B – Den nationella lagstiftningen ..... I - 10916

III – Bakgrund, tvisten vid den nationella domstolen och tolkningsfrågorna ..... I - 10917

IV – Förfarandet vid domstolen ..... I - 10918

V – Parternas huvudargument ..... I - 10919

A – Den första tolkningsfrågan ..... I - 10919

B – Den andra tolkningsfrågan ..... I - 10921

VI – Rättslig bedömning ..... I - 10922

A – Inledande överväganden ..... I - 10922

B – Den första tolkningsfrågan ..... I - 10923

1. Begreppet affärsmetoder i artikel 2 d i direktiv 2005/29 ..... I - 10924

2. Den personkrets som omfattas av direktiv 2005/29 ..... I - 10924

a) Det område som omfattas av direktiv 2005/29 ..... I - 10925

1 — Originalspråk: tyska.

b) Frågan vilket skydd som eftersträvas genom förbudet i 9a § första stycket punkt 1 UWG ..... I - 10928

i) Frågan vilken vikt de enskilda skyddsintressena ska tillmätas .... I - 10928

ii) Undersökning av de tillämpliga nationella bestämmelserna och nationell rättspraxis ..... I - 10930

c) Resultat ..... I - 10932

3. Undersökning av de båda regelverkens struktur ..... I - 10932

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

i) Fullständig tillnärmning av de nationella reglerna som mål för lagstiftningen ..... I - 10933

ii) Strukturen i direktiv 2005/29 ..... I - 10934

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

i) Redogörelse för strukturen hos förbudet i 9a § första stycket punkt 1 UWG ..... I - 10936

4. Huruvida de omtvistade bestämmelserna är förenliga med direktiv 2005/29 ..... I - 10937

a) Den skrivna nationella rätten ..... I - 10937

i) Bestämmelsens omvända systematik ..... I - 10937

ii) Frågan om huruvida undantagsbestämmelsen i 9a § andra stycket UWG är otillräcklig ..... I - 10938

iii) Resultat i denna del ..... I - 10939

b) Möjligheten att göra en direktivkonform tolkning ..... I - 10940

i) Prövning av förenligheten med direktivets bestämmelser ..... I - 10941

– Artikel 5.4 och 5.5 i direktiv 2005/29 ..... I - 10941

– Artikel 5.2 i direktiv 2005/29 ..... I - 10943

c) Resultat ..... I - 10950

5. Slutsatser ..... I - 10953

C – Den andra tolkningsfrågan ..... I - 10954

VII – Förslag till avgörande ..... I - 10956

I — Inledning

1. I detta förfarande för förhandsavgörande enligt artikel 234 EG [2] har Oberster Gerichtshof i Österrike (nedan kallad den hänskjutande domstolen) ställt två tolkningsfrågor till domstolen om tolkningen av direktiv 2005/29/EG om otillbörliga affärsmetoder på den inre marknaden [3] (nedan kallat direktiv 2005/29). Det ska i detta sammanhang huvudsakligen undersökas huruvida en nationell bestämmelse enligt vilken det är förbjudet att utannonsera, erbjuda eller bevilja vederlagsfria förmåner i anslutning till köp av tidsskrifter samt att utannonsera vederlagsfria förmåner i anslutning till köp av andra varor eller tjänster, utan att det är nödvändigt att pröva om denna affärsmetod i enskilda fall är vilseledande, är förenlig med gemenskapsrätten.

2 — Förfarandet för förhandsavgörande regleras enligt Lissabonfördraget om Europeiska unionen och fördraget om upprättandet av Europeiska gemenskapen av den 13 december 2007 numera i artikel 267 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt.

3 — Europaparlamentets och rådets direktiv 2005/29/EG av den 11 maj 2005 om otillbörliga affärsmetoder som tillämpas av näringsidkare gentemot konsumenter på den inre marknaden och om ändring av rådets direktiv 84/450/EEG och Europaparlamentets och rådets direktiv 97/7/EG, 98/27/EG och 2002/65/EG samt Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 2006/2004 (direktiv om otillbörliga affärsmetoder) (EUT L 149, s. 22).

2. Begäran om förhandsavgörande har framställts i ett mål där Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG (nedan kallad Mediaprint) på grund av ett förmånserbjudande i form av en tävling som i princip är förbjuden enligt nationell rätt har ansökt om förbudsföreläggande genom interimistiska åtgärder mot ”Österreich”-Zeitungsverlag GmbH (nedan kallat Österreich).

3. Förevarande mål är efter de förenade målen C-261/07 (VTB-VAB) och C-299/07 (Galatea) [4] samt mål C-304/08 (Plus) [5] det tredje i en rad hänskjutanden där nationella domstolar ställer tolkningsfrågor till domstolen för att få klarhet i huruvida nationella förbud mot kombinationserbjudanden är förenliga med direktiv 2005/29. En av de avgörande frågor i vilken förevarande mål skiljer sig från dessa tidigare mål och som därför noga måste prövas är huruvida en sådan prövning även är möjlig om det påstådda syftet med den berörda nationella bestämmelsen både är avsett att skydda mediemångfalden och konkurrenterna.

4 — Dom av den 23 april 2009 i de förenade målen C-261/07 och C-299/07, VTB-VAB och Galatea (REG 2009, s. I-2949).

5 — Dom av den 14 januari 2010 i mål C-304/08, Plus (REU 2010, s. I-217).

II — Tillämpliga bestämmelser

A — *Gemenskapsrätten*

4. Artikel 1 i direktiv 2005/29 har följande lydelse:

”Syftet med detta direktiv är att bidra till att den inre marknaden fungerar korrekt och att säkerställa en hög konsumentskyddsnivå genom att tillnärma medlemsstaternas lagar och andra författningar avseende otillbörliga affärsmetoder som skadar konsumenternas ekonomiska intressen.”

5. I artikel 2 i direktiv 2005/29 föreskrivs följande:

”I detta direktiv används följande beteckningar med de betydelser som här anges:

…

d) affärsmetoder som tillämpas av näringsidkare gentemot konsumenter (nedan även kallade affärsmetoder): en näringsidkares handling, underlåtenhet,

beteende, företrädande eller kommersiella meddelande (inklusive reklam och saluföring) i direkt relation till marknadsföring, försäljning eller leverans av en produkt till en konsument.

…"

6. I artikel 3.1 i direktivet föreskrivs följande:

"Detta direktiv skall tillämpas på otillbörliga affärsmetoder som tillämpas av näringsidkare gentemot konsumenter på det sätt som anges i artikel 5, före, under och efter en affärstransaktion som gäller en produkt."

7. Artikel 4 i direktivet har följande lydelse:

"Medlemsstaterna får inte begränsa friheten att tillhandahålla tjänster eller den fria rörligheten för varor av anledningar som omfattas av det område som tillnärmas genom detta direktiv."

8. Artikel 5 i direktivet, som har rubriken "Förbud mot otillbörliga affärsmetoder", har följande lydelse:

"1. Otillbörliga affärsmetoder skall vara förbjudna.

2. En affärsmetod skall vara otillbörlig om den

a) strider mot god yrkessed,

och

b) innebär, eller sannolikt kommer att innebära, avsevärd snedvridning av det ekonomiska beteendet i förhållande till produkten hos den genomsnittskonsument som affärsmetoden riktar sig till eller som nås av metoden, eller den genomsnittliga gruppmedlemmen om affärsmetoden riktar sig till en viss konsumentgrupp.

3. Affärsmetoder som sannolikt kommer att innebära avsevärd snedvridning av det ekonomiska beteendet endast hos en tydligt identifierbar grupp av konsumenter som på

grund av mentala eller fysiska handikapp, ålder eller lättrogenhet är särskilt känsliga för metoden eller den produkt metoden avser, på ett sätt som näringsidkaren rimligen kan förväntas förutse, skall bedömas ur ett perspektiv som är representativt för den genomsnittliga medlemmen i denna grupp. Detta skall inte påverka sedvanlig och legitim praxis att i reklam göra överdrivna påståenden eller påståenden som inte är avsedda att uppfattas i bokstavlig mening.

4. Affärsmetoder skall anses otillbörliga om de

a) är vilseledande enligt artiklarna 6 och 7,

eller

b) aggressiva enligt artiklarna 8 och 9.

5. Bilaga I innehåller förteckningen över de affärsmetoder som under alla omständigheter skall betraktas som otillbörliga. Samma förteckning skall gälla i alla medlemsstater och får ändras endast genom en översyn av detta direktiv."

9. Utannonsering, erbjudande eller beviljande av vederlagsfria förmåner i anslutning till tidsskrifter räknas inte upp i bilaga I till direktivet som en affärsmetod som under alla omständigheter anses otillbörlig.

B — *Den nationella lagstiftningen*

10. 9a § första stycket i den österrikiska lagen om otillbörlig konkurrens (nedan kallad UWG) [6] har följande lydelse:

"Den som i samband med förvärvsverksamhet i konkurrenssyfte

1. i offentliga tillkännagivanden eller andra meddelanden, vilka riktar sig till en större personkrets, tillkännager att han jämte varor och tjänster erbjuder konsumenter vederlagsfria förmåner (premier) eller jämte tidsskrifter gentemot konsumenter erbjuder, utlyser eller beviljar vederlagsfria förmåner (premier), eller

6 — Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb 1984 – UWG, BGBl. nr 448, ändrad genom lag av den 13 november 2007, BGBl. I, nr 79/2007.

2. jämte varor och tjänster gentemot företag erbjuder, utannonserar eller beviljar vederlagsfria förmåner (premier),

kan tvingas upphöra med denna verksamhet och betala skadestånd. Detta gäller även när förmånserbjudandets onerösa karaktär döljs genom ett totalpris för varorna och tjänsterna, genom skenpriser för en förmån eller genom annat sätt."

III — Bakgrund, tvisten vid den nationella domstolen och tolkningsfrågorna

11. Enligt den hänskjutande domstolens uppgifter har den att döma i en tvist mellan två konkurrenter på den österrikiska marknaden för dagstidningar. Tvisten avser att Österreich i sin tidning offentliggjorde ett val av "Årets fotbollsspelare". Artikelns ingress hade följande lydelse i fet stil: "Att delta lönar sig. Vinn en middag med vinnaren av det stora lirarvalet." Till vänster om artikeln fanns en "valsedel" med texten "klipp ut och skicka in". Till höger hänvisades till en möjlighet att rösta på Internet. Liknande artiklar publicerades de följande nio dagarna.

12. Efter ansökan från Mediaprint slog domstolen i första instans fast att utannonseringen utgjorde ett "otillåtet förmånserbjudande" (*unzulässige Zugabe*) i den mening som avses i 9a § första stycket punkt 1 UWG och biföll ansökan om att motparten skulle upphöra med sin verksamhet genom ett interimistiskt beslut. Domstolen i andra instans fann däremot att utannonseringen inte hade någon avgörande betydelse på marknaden, varefter Mediaprint överklagade till den hänskjutande domstolen och yrkade att det interimistiska beslutet från domstolen i första instans skulle fastställas. Enligt Oberster Gerichtshofs preliminära bedömning ska överklagandet bifallas enligt 9a § första stycket punkt 1 UWG. Oberster Gerichtshof anser emellertid att det, beroende av tolkningen av direktivets tillämpningsområde, är osäkert huruvida tillämpningen av 9a § första stycket punkt 1 UWG strider mot direktivet.

13. Oberster Gerichtshof har därför förklarat målet vilande och hänskjutit följande frågor till domstolen med begäran om förhandsavgörande:

1) Utgör artiklarna 3.1 och 5.5 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2005/29/EG eller andra bestämmelser i detta direktiv, hinder mot en nationell lagstiftning, enligt vilken det med ett begränsat

antal undantag är förbjudet att utannonsera, erbjuda eller bevilja vederlagsfria förmåner i anslutning till köp av tidsskrifter samt att utannonsera vederlagsfria förmåner i anslutning till köp av andra varor eller tjänster – utan att det är nödvändigt att pröva om denna affärsmetod i enskilda fall är vilseledande, aggressiv eller i övrigt otillbörlig – även när denna bestämmelse inte enbart har som syfte att skydda konsumenter utan även andra syften som inte omfattas av direktivets materiella tillämpningsområde, däribland exempelvis upprätthållandet av mediemångfalden eller skyddandet av svagare konkurrenter?

2) Om fråga 1 ska besvaras jakande:

Ska en möjlighet att delta i en pristävling, som är knuten till köpet av en tidning, betraktas som en otillbörlig affärsmetod i den mening som avses i artikel 5.2 i direktivet av den enda anledningen att denna möjlighet att delta, åtminstone för en del av omsättningskretsen, visserligen inte är den enda, men likväl den avgörande anledningen till att köpa tidningen?

IV — Förfarandet vid domstolen

14. Begäran om förhandsavgörande av den 18 november 2008 inkom till domstolens kansli den 4 december 2008.

15. Parterna i målet vid den nationella domstolen, den österrikiska och den belgiska regeringen samt kommissionen har avgett skriftliga yttranden vid domstolen inom den frist som anges i artikel 23 i domstolens stadga.

16. Företrädarna för parterna i målet vid den nationella domstolen, företrädarna för den österrikiska och den tyska regeringen samt företrädaren för kommissionen yttrade sig muntligen vid förhandlingen den 11 juni 2009.

V — Parternas huvudargument

A — *Den första tolkningsfrågan*

17. Den hänskjutande domstolen har främst ställt sin första fråga för att få klarhet i huruvida direktiv 2005/29 är tillämpligt på en nationell bestämmelse enligt vilken försäljning av varor i kombination med förmånserbjudanden i princip är förbjuden, trots att denna bestämmelse inte uteslutande syftar till att skydda konsumenterna.

18. *Mediaprint* samt den *österrikiska* och den *belgiska regeringen* förordar att domstolen ska besvara denna fråga nekande.

19. I detta avseende har dessa parter erinrat om att marknadsföringsåtgärder har varit föremål för ett förslag till en förordning, i vilket den rättsliga behandlingen av sådana säljfrämjande åtgärder tydligt skilde sig från behandlingen av sådana otillbörliga affärsmetoder som numera regleras i direktiv 2005/29. Samtidigt återkallade kommissionen detta förslag år 2006, det vill säga ett år efter det att direktivet antogs. Följaktligen kan man enligt dessa parter inte säga att direktiv 2005/29 underförstått är tillämpligt på marknadsföringsåtgärder. Med hänsyn till att syftet med direktivet enligt skäl 6 är att direkt skydda konsumenternas ekonomiska intressen kan det vidare inte tillämpas på en nationell bestämmelse som huvudsakligen har ett annat syfte, nämligen att skydda konkurrenter och att upprätthålla mediemångfalden, och endast indirekt syftar till att skydda konsumenterna.

20. För säkerhets skull har *Mediaprint* och den *österrikiska regeringen* förklarat att det förbud mot förmånserbjudanden i samband med försäljning som föreskrivs i artikel 9a första stycket punkt 1 UWG i vart fall är förenligt med direktivet.

21. Enligt artikel 5 andra stycket i direktiv 2005/29 får medlemsstaterna nämligen klassificera sådana affärsmetoder som strider mot god yrkessed och som sannolikt kommer att innebära en avsevärd snedvridning av det ekonomiska beteendet hos genomsnittskonsumenten som otillbörliga och förbjuda dessa i motsvarande utsträckning. Dessutom har de påpekat att det aktuella nationella förbudet endast är tillämpligt om den nationella domstolen slår fast att konsumenten har köpt tidskriften utan saklig grund, med förhoppningen att eventuellt uppnå ytterligare fördelar, och endast såvida dessa fördelar inte omfattas av de undantag som räknas upp i 9a §

andra stycket UWG. Vidare ska de nationella domstolarna göra en motsvarande bedömning i det enskilda fallet.

22. *Mediaprint* anser att den österrikiska bestämmelsen skiljer sig väsentligt från de bestämmelser som bedömdes i de förenade målen C-261/07 (VTB-VAB) och C-299/07 (Galatea) samt i mål C-304/08 (Plus) i detta avseende, eftersom de aktuella bestämmelserna innehöll generella förbud, vilket innebar att de särskilda omständigheterna i det respektive enskilda fallet inte beaktades.

23. *Österreich* gör däremot gällande att enligt skäl 6 är endast sådana nationella bestämmelser undantagna från tillämpningsområdet för direktiv 2005/29 som ”enbart” skadar konkurrenters ekonomiska intressen eller som gäller transaktioner mellan näringsidkare. Detta är uppenbarligen inte fallet vad avser den här omtvistade bestämmelsen, eftersom artikel 9a första stycket punkt 1 UWG i första hand syftar till att skydda konsumenterna.

24. Vidare anser Österreich att förbudet i nämnda artikel inte är förenligt med direktivets syfte, eftersom säljfrämjande åtgärder i form av förmånserbjudanden omfattas av det generella förbudet i österrikisk rätt, trots att de inte räknas upp i förteckningen i bilaga I till direktiv 2005/29 över de affärsmetoder som under alla omständigheter är otillbörliga, vilket Oberster Gerichtshof har konstaterat i sin begäran om förhandsavgörande.

25. Den *tyska regeringen* har vid den muntliga förhandlingen hänvisat till mål C-304/08 (Plus) och påpekat att den fullständiga harmonisering som åsyftas med direktiv 2005/29 inte ska påverka medlemsstaternas handlingsutrymme vid införlivandet. Detta gäller i synnerhet vid införlivandet av begrepp som behöver fyllas ut, som de som ingår i legaldefinitionerna i direktiv 2005/29. Vidare anser den tyska regeringen att direktiv 2005/29 inte utgör hinder mot en nationell bestämmelse som har ett annat syfte än direktivet.

26. *Kommissionen* anser däremot att direktiv 2005/29 utgör hinder mot ett generellt och abstrakt förbud, som det i den här aktuella bestämmelsen, och har vidare dragit slutsatsen att direktivet inte är tillämpligt på denna bestämmelse, eftersom nämnda bestämmelse huvudsakligen har andra syften, nämligen upprätthållandet av mediemångfalden och

endast i mindre grad syftar till att skydda konsumenterna samt till att främja tillbörliga affärsmetoder.

29. *Mediaprint* har enbart konstaterat att Österreichs aktuella handlande utgör en otillbörlig affärsmetod utan att anföra något skäl för detta.

B — *Den andra tolkningsfrågan*

30. Enligt *kommissionens* uppfattning kan det förhållande att möjligheten att delta i en pristävling är den avgörande anledningen för konsumenten att köpa en tidskrift inte i sig motivera att det föreligger en otillbörlig affärsmetod i den mening som avses i direktiv 2005/29, utan detta utgör endast ett kriterium som den nationella domstolen kan beakta i samband med bedömningen i varje enskilt fall.

27. Om domstolen skulle besvara den första tolkningsfrågan jakande, önskar den hänskjutande domstolen få klarhet i huruvida försäljning i kombination med förmånserbjudanden enbart ska anses utgöra en otillbörlig affärsmetod i den mening som avses i artikel 5.2 i direktiv 2005/29 om denna möjlighet att delta, åtminstone för en del av omsättningskretsen, visserligen inte är den enda, men likväl den avgörande anledningen till att köpa den huvudsakliga varan.

31. *Österreich* har å sin sida gjort gällande att begreppet affärsmetod är kopplat till genomsnittskonsumenten som i domstolens rättspraxis beskrivs som ”en normalt informerad och skäligen uppmärksam och medveten genomsnittskonsument”. En konsument som beskrivs på detta sätt är medveten om att reklam och säljfrämjande åtgärder i en fri marknadsekonomi inte enbart strävar efter att vinna kunder genom en produkts pris och kvalitet, utan även genom att locka med ytterligare fördelar. Följaktligen anser Österreich att försäljning i kombination med förmånserbjudanden endast i undantagsfall kan utgöra en otillbörlig affärsmetod, nämligen om erbjudandet är utformat så, att det inte är ägnat åt att få konsumenten att köpa den huvudsakliga produkten på sakliga grunder utan enbart på grund av utsikten att uppnå en ytterligare fördel.

28. Eftersom både den *österrikiska* och den *belgiska regeringen* har besvarat den första frågan nekande, har de inte tagit ställning till den andra tolkningsfrågan, medan *Mediaprint* och *kommissionen* har uttalat sig i förebyggande syfte.

VI — Rättslig bedömning

A — *Inledande överväganden*

32. Förevarande fall är det tredje i en rad mål där nationella domstolar har begärt förhandsavgörande av domstolen för att få klarhet i vilken mån förbud mot kombinationserbjudanden enligt nationell rätt kan anses vara förenliga med gemenskapsrättens nuvarande utvecklingsstadium. Att detta är en betydande fråga framgår inte minst av den omständigheten att direktiv 2005/29 som antogs av Europaparlamentet och rådet den 11 maj 2005 har till syfte att skapa en enhetlig rättslig ram för otillbörliga affärsmetoder i förhållande till konsumenter.

33. Mot bakgrund av den eftersträvade fullständiga harmoniseringen av bestämmelserna om otillbörliga affärsmetoder som tillämpas av näringsidkare gentemot konsumenter [7] i gemenskapens medlemsstater ska inte endast frågan huruvida bestämmelser som medlemsstaterna har antagit för att införliva direktivet är förenliga med gemenskapsrätten prövas, utan även, som är fallet avseende den omtvistade bestämmelsen i artikel 9a § första stycket UWG, huruvida detta även gäller sådana bestämmelser som redan gällde innan direktivet trädde i kraft, men som den berörda medlemsstaten likväl anser har en liknande funktion för införlivandet.

34. Eftersom medlemsstaterna vid en fullständig harmonisering normalt sett har ett begränsat handlingsutrymme vad gäller utformningen vid införlivandet av ett direktiv, så är det rättsligt sett inte alltid helt oproblematiskt att bibehålla sådana äldre bestämmelser. Fastän sådana bestämmelser i slutändan omfattas av tillämpningsområdet för det aktuella direktivet, så uppfyller de för det mesta inte de krav som ställs i direktivet. Detta var fallet vid införlivandet av direktiv 2005/29 i Belgien [8] och i Tyskland [9], vilket framgår av de förenade målen VTB-VAB och Galatea samt målet Plus.

7 — Se dom i de förenade målen VTB-VAB och Galatea (ovan fotnot 4), punkt 52, och i målet Plus (ovan fotnot 5), punkt 41. Vid en eventuell mer långtgående harmonisering av tillbörliga affärsmetoder och avtalsrätt inom Europeiska unionen ska även vederbörlig hänsyn tas till kraven i ”Draft Common Frame of Reference” (DCFR), eftersom konsumentskyddet utgör en av huvudpunkterna i detta, exempelvis genom att näringsidkaren är förpliktad att tillhandahålla konsumenten viss information avseende de förvärvade varorna eller tjänsternas huvudsakliga kännetecken (se, till exempel, II.-3:102 DCFR). En sådan ”god affärsmetod” står i viss mån i ett motsatsförhållande till de ”förbjudna affärsmetoder” som räknas upp i bilaga I till direktiv 2005/29.

8 — De berörda bestämmelserna innefattade artikel 54 och följande artiklar i den belgiska lagen av den 14 juli 1991 om affärsmetoder samt upplysning och konsumentskydd (officiell tysk översättning: *Moniteur belge* av den 19 januari 1994).

9 — Det var här fråga om 3 § och 4 § punkt 6 i den tyska lagen om otillbörlig konkurrens (UWG) (BGBl. I, s. 1414), senast ändrad genom artikel 1 i den första ändringslagen av den 22 december 2008 (BGBl. I, s. 2949).

35. Enligt artikel 20 i direktiv 2005/29 trädde direktivet i kraft dagen efter det att det hade offentliggjorts i *Europeiska unionens officiella tidning*, det vill säga den 12 juni 2005. Enligt artikel 19.1 i direktivet var medlemsstaterna skyldiga att senast den 12 juni 2007 införliva direktivet med den nationella rätten genom att anta de bestämmelser i lagar och andra författningar som var nödvändiga, emellertid med en ytterligare övergångsperiod på sex år för strängare nationella bestämmelser. Dessa bestämmelser i lagar och andra författningar skulle emellertid först tillämpas från och med den 12 juni 2007.

36. Republiken Österrike har formellt fullgjort sin införlivandeskyldighet genom att anta en förbundslag som trädde i kraft den 12 december 2007, genom vilken 1984 års lag om otillbörlig konkurrens ändrades (nedan kallad UWG i ändrad lydelse). [10] De omtvistade bestämmelserna i 9a § första stycket punkt 1 UWG har emellertid, såsom redan har antytts, inte antagits för att införliva direktiv 2005/29, utan hänför sig till tidigare nationell lagstiftning. [11] Den hänskjutande domstolen har i beslutet att begära förhandsavgörande framfört tvivel vad gäller frågan om huruvida denna bestämmelse är förenlig med gemenskapsrätten. [12]

10 — BGBl. I, nr 79/2007.

11 — Förbudet mot förmånserbjudanden i 9a § UWG, vilket från början reglerades i lagen om premier av den 20 juni 1929 (Prämiengesetz) (BGBl. 227) och senare i 1934 års lag om förmånserbjudanden (Zugabengesetz 1934) integrerades i UWG genom 1992 års lag om avreglering av konkurrensen (Wettbewerbs-Deregulierungsgesetz 1992) (BGBl. 1992/147). För historiken bakom denna bestämmelse, se Duursma, D., i *UWG – Kommentar* (utgiven av Maximilian Gumpoldsberger och Peter Baumann), Wien, 2006, 9a § punkt 1, s. 276, och Wiltschek, L., *UWG – Kommentar*, andra upplagan, Wien, 2007, 9a §, s. 44.

12 — Se, bland annat, s. 9–10 i beslutet om att begära förhandsavgörande.

B — *Den första tolkningsfrågan*

37. Det ska inledningsvis erinras om att domstolen vid tillämpningen av artikel 234 EG inte är behörig att avgöra om en nationell bestämmelse är förenlig med gemenskapsrätten. Domstolen är dock behörig att tillhandahålla den hänskjutande domstolen alla sådana uppgifter om gemenskapsrättens tolkning som gör det möjligt för sistnämnda domstol att i det aktuella målet pröva denna fråga. [13]

38. Syftet med den första tolkningsfrågan är att det ska klargöras om direktiv 2005/29 utgör hinder mot sådana nationella bestämmelser som 9a § första stycket punkt 1 UWG. Det ska i detta syfte inledningsvis prövas om dessa bestämmelser omfattas av det materiella tillämpningsområdet för direktiv 2005/29 och om de avser den personkrets som omfattas av direktivet. Det ska därefter prövas om direktiv 2005/29 ska tolkas så, att det är tillämpligt på de rättsföljder som ett åsidosättande av den nationella österrikiska rätten medför.

13 — Se, bland annat, dom av den 15 juli 1964 i mål 6/64, Costa (REG 1964, s. 1251; svensk specialutgåva, volym 1, s. 211), s. 1268, av den 29 november 2001 i mål C-17/00, De Coster (REG 2001, s. I-9445), punkt 23, och av den 16 januari 2003 i mål C-265/01, Pansard m.fl. (REG 2003, s. I-683), punkt 18.

1. Begreppet affärsmetoder i artikel 2 d i direktiv 2005/29

39. Enligt den hänskjutande domstolens uppgifter är det förbjudet för en näringsidkare enligt 9a § första stycket punkt 1 UWG att gentemot konsumenter utannonsera vederlagsfria förmåner i anslutning till varor och tjänster. Detta ska följaktligen tolkas som ett principiellt förbud mot kombinationserbjudanden.

40. Vidare måste det fastställas huruvida affärsmetoder i den mening som avses i artikel 2 d i direktiv 2005/29 omfattas av detta förbud. I denna bestämmelse definieras, genom en synnerligen vid formulering, begreppet affärsmetod [14] som ”en näringsidkares handling, underlåtenhet, beteende, företrädande eller kommersiella meddelande (inklusive reklam och saluföring) i direkt relation till marknadsföring, försäljning eller leverans av en produkt till en konsument”.

41. Såsom jag utförligt har visat i mitt förslag till avgörande i de förenade målen C-261/07 (VTB-VAB) och C-299/07 (Galatea) [15] och såsom domstolen har bekräftat i domen i nämnda mål, [16] är kombinationserbjudanden affärshandlingar som tydligt ingår i en näringsidkares affärsstrategi och som direkt avser marknadsföring och försäljning. De utgör därför affärsmetoder i den mening som avses i artikel 2 d i direktiv 2005/29 och således omfattas förbudet mot kombinationserbjudanden i 9a § första stycket punkt 1 UWG av dess materiella tillämpningsområde. [17]

2. Den personkrets som omfattas av direktiv 2005/29

42. Huruvida de omtvistade nationella bestämmelserna i 9a § första stycket punkt 1 UWG avser den personkrets som omfattas av tillämpningsområdet för direktivet beror på om de, såsom direktivet, syftar till att skydda konsumenter.

14 — Se domen i de förenade målen VTB-VAB och Galatea (ovan fotnot 4), punkt 49, och i målet Plus (ovan fotnot 5), punkterna 36 och 39. Se Keirsbilck, B., ”Towards a single regulatory framework of unfair commercial practices?”, *European business law review*, nr 4/2009, s. 505, som anser att det synnerligen vida tillämpningsområdet är kännetecknande för direktiv 2005/29.

15 — Se mitt förslag till avgörande av den 21 oktober 2008 i de förenade målen VTB-VAB och Galatea (ovan fotnot 4), punkterna 68–70.

16 — Domen i målen VTB-VAB och Galatea (ovan fotnot 4), punkterna 48 och 50. Se, angående en marknadsföringskampanj, enligt vilken konsumenter kunde delta kostnadsfritt i ett lotteri endast under förutsättning att de köpte ett visst antal varor eller tjänster, domen i målet Plus (ovan fotnot 5), punkt 37.

17 — Se, för ett liknande resonemang, Heidinger, R., ”Zugabenverbot, quo vadis?”, *Medien und Recht*, nr 1/2009, s. 45, som anser att detta faller under tillämpningsområdet för direktiv 2005/29, eftersom förbudet mot förmånserbjudanden i 9a § UWG ska anses utgöra en bestämmelse som reglerar otillbörliga affärsmetoder gentemot konsumenter.

a) Det område som omfattas av direktiv 2005/29

43. Direktivet reglerar nämligen endast B2C-området (*business to consumer*), det vill säga förhållandet mellan näringsidkare och konsumenter. Detta framgår dels av artikel 3.1, enligt vilken direktivet ska tillämpas på otillbörliga affärsmetoder som tillämpas av *näringsidkare gentemot konsumenter* under och efter en affärstransaktion som gäller en produkt. Detta sammanhang betonas särskilt i skäl 8 enligt vilket direktivet *direkt skyddar konsumenternas ekonomiska intressen* mot otillbörliga affärsmetoder som tillämpas av näringsidkare gentemot konsumenter. [18]

44. Jag anser emellertid att det är felaktigt att anta att legitima konkurrenters ekonomiska intressen anses vara mindre skyddsvärda enligt direktivet. [19] Jag har senast påpekat detta i samband med den österrikiska regeringens argumentation i denna fråga i mitt förslag till avgörande av den 3 september 2009 i mål C-304/08 (Plus). [20] Det framgår nämligen tydligt av skäl 8 att direktivet även indirekt skyddar *legitim affärsverksamhet från konkurrenter* som inte följer detta direktivs bestämmelser. Detta kommer till uttryck i artikel 11.1 i direktivet där det föreskrivs en skyldighet för medlemsstaterna att ge konkurrenter talerätt, så att dessa får vidta rättsliga åtgärder mot affärsmetoder som strider mot direktivet.

45. Av central betydelse är uttalandet i skäl 6, enligt vilket medlemsstaternas lagstiftning tillnärmas genom direktiv 2005/29 vad gäller

18 — Så även Hoeren, T., "Das neue UWG – der Regierungsentwurf im Überblick", *Betriebs-Berater*, 2008, s. 1183, och 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, s. 166.

19 — Se, för ett liknande resonemang, Koppensteiner, H.-G., "Grundfragen des UWG im Lichte der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken", *Wirtschaftsrechtliche Blätter*, 2006, häfte 12, s. 558, som anser att det skulle vara förfelat att frånkänna direktiv 2005/29 varje form av betydelse i förhållandet mellan näringsidkare. Författaren grundar denna ståndpunkt både på skäl 6 och på skäl 8, där det av sistnämnda skäl även framgår att legitim affärsverksamhet från konkurrenter indirekt skyddas, samt på artikel 11.1 av vilken det framgår att medlemsstaterna även är skyldiga att medge konkurrenter talerätt avseende affärsmetoder som strider mot direktivet. Se även av samma författare "Das UWG nach der Novelle 2007", *Die Europäisierung des Kartell- und Lauterkeitsrechts*, Tübingen, 2009, s. 86, fotnot 8, där denne hänvisar till att även konkurrenter indirekt skyddas genom direktiv 2005/29.

20 — Se punkterna 35 och 64 i mitt förslag till avgörande av den 3 september 2009 i mål C-304/08 (Plus).

otillbörliga affärsmetoder som *direkt* skadar konsumenternas ekonomiska intressen och därigenom *indirekt* skadar legitima konkurrenters ekonomiska intressen. Således har det uppmärksammats i direktivet att konsument- och konkurrentintressen inte alltid tydligt kan skiljas åt, eftersom de ofta överlappar varandra. [21] Många affärsmetoder påverkar både konsumenternas och konkurrenternas intressen. Med beaktande av detta nära sammanhang har gemenskapslagstiftaren beslutat att tillvarata konsumenternas intressen genom regleringen i direktiv 2005/29 som i själva verket är av konkurrenspolitisk natur. [22] Sett ur ett metodiskt perspektiv strider inte den omständigheten att direktivet konkurrenspolitiskt är knutet till villkoren för den inre marknadens funktion mot det skyddssyfte som är knutet till de europeiska konsumenternas typiska intressen. [23] Exempelvis kan den talerätt som berörda konkurrenter

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, s. 194, hänvisar träffande till att det bekräftas i direktiv 2005/20 att konsumenternas och konkurrenternas intressen sammanfaller vad avser otillbörliga affärsmetoder och att det ligger i ovannämnda parters gemensamma intresse att dessa regler efterlevs av samtliga näringsidkare. Büllesbach, E., *Auslegung der irreführenden Geschäftspraktiken des Anhangs I der Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken*, München, 2008, s. 16, hänvisar till att många av företagens affärsmetoder både påverkar konsumenternas och konkurrenternas intressen. För att uppnå skäliga resultat vid bedömningen av affärsmetodernas tillbörlighet krävs det därför en enhetlig betraktelse på flera plan där samtliga berörda parters intressen beaktas. Om man tar vilseledande reklam som utgångspunkt så framgår det att skyddet för konsumenter och konkurrenter i princip utgör två sidor av samma mynt, som inte enbart omfattar konsumentens ekonomiska intressen, utan även konkurrenternas intressen, i den mån deras affärsmöjligheter påverkas. Samma sak gäller för förtal som både skadar den som felaktigt har kritiserats och snedvrider den felinformerade konsumentens beslutsunderlag. Bargelli, E., ”L'àmbito di applicazione della direttiva 2005/29/CE: La nozione di pratica commerciale”, *Le pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori*, Turin, 2007, s. 80, hänvisar till svårigheten att skilja mellan konsument- respektive konkurrentintressen. Enligt Schuhmacher, W., ”The Unfair Commercial Practices Directive”, *Law Against Unfair Competition – Towards a New Paradigm in Europe* (utgiven av Reto M. Hilty och Frauke Henning-Bodewig), Berlin/Heidelberg, 2007, s. 132, framgår det tydligt av direktiv 2005/29 att det finns konkurrensrättsliga situationer där konsument- respektive konkurrentintressen inte kan skiljas från varandra.

22 — Gamerith, H., ”Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken: bisherige rechtspolitische Überlegungen zu einer Neugestaltung des österreichischen UWG”, *Lauterkeitsrecht im Umbruch*, 2005, s. 157, anser till och med att direktiv 2005/29 inte innebär någon avgränsning mellan konsument- respektive konkurrentintressen, utan att direktivet utgör ett ”ofullkomligt B2B + B2C-system”, vilket talar för ett införlivande i den österrikiska UWG.

23 — Se, för ett liknande resonemang, även 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, häfte 7, s. 716. Se även Falce, V. och 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*, s. 2009, s. 374, vilka uppger att gemenskapslagstiftaren vad gäller direktiv 2005/29 har utgått från att konsumenternas frihet att fatta beslut endast kan säkerställas genom fri konkurrens på den inre marknaden.

har beviljats i artikel 11.1 i direktivet för att ansöka om förbudsföreläggande mot konkurrenter som handlar otillbörligt mycket väl komma konsumentskyddet till godo. [24]

46. Bortsett från detta skiljer direktivet, i syfte att åstadkomma en effektivare avgränsning av dess tillämpningsområde, tydligt mellan sådana affärsmetoder som skadar både konsumenter och konkurrenter och sådana affärsmetoder som endast påverkar någon av dessa gruppers intressen. Följaktligen föreskrivs det i skäl 8 att det naturligtvis finns andra affärsmetoder som, även om de inte skadar konsumenterna, kan skada konkurrenter och företagskunder.

47. Denna sistnämnda situation omfattas inte av direktivets tillämpningsområde, vilket domstolen har fastställt i dom av den 14 januari 2010 i målet Plus [25], eftersom det framgår av skäl 6 att direktivet inte påverkar nationell lagstiftning om otillbörliga affärsmetoder som enbart skadar konkurrenters ekonomiska intressen eller som gäller transaktioner mellan näringsidkare. Ur ett semantiskt perspektiv har ordet ”enbart”, vilket även en jämförelse med några ytterligare språkversioner av direktiv 2005/29 visar, [26] typiskt sett en uteslutande betydelse. Följaktligen föreskrivs

24 — Se även Gamerith, H. (ovan fotnot 22), s. 157, som anser att vad gäller sådana förbud som riktar sig mot varje form av otillbörligt inflytande på konsumentens frihet att fatta beslut genom vilseledande, överrumpling, lockerbjudanden, påtryckning eller dylikt, stärks konsumentskyddet genom att berörda konkurrenter kan begära förbudsförläggande mot konkurrenter som handlar otillbörligt.

25 — Se domen i målet Plus (ovan fotnot 5), punkt 39. Se Micklitz, H.-W., ”Full Harmonization of Unfair Commercial Practices Under Directive 2005/29”, *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, 2009, häfte 4, s. 373, som anser att direktiv 2005/29 är tillämpligt på B2B-transaktioner om två villkor är uppfyllda, nämligen att affärspraktiken i fråga direkt påverkar konsumenternas, och därmed indirekt konkurrenternas intressen. Författaren befarar att denna begränsning av direktivets tillämpningsområde kan leda till nya försvarsstrategier. Företag kan nämligen frestas att hävda att deras affärspraxis enbart avser B2B-transaktioner.

26 — På tyska: ”lediglich”, danska: ”udelukkende”, engelska: ”only”, franska: ”uniquement”, italienska: ”unicamente”, nederländska: ”alleen”, portugisiska: ”apenas”; slovenska: ”samo” och spanska: ”sólo”.

det i skäl 6 att medlemsstaterna i full överensstämmelse med subsidiaritetsprincipen, om de så önskar, även i fortsättningen kan reglera sådana metoder i enlighet med gemenskapslagstiftningen.

b) Frågan vilket skydd som eftersträvas genom förbudet i 9a § första stycket punkt 1 UWG

i) Frågan vilken vikt de enskilda skyddsintressena ska tillmätas

48. Sålunda uppkommer frågan huruvida det omtvistade förbudet mot kombinationserbjudanden i 9a § första stycket punkt 1 UWG utgör en sådan nationell bestämmelse som *enbart* syftar till att förhindra en affärspraxis som skadar konkurrenters ekonomiska intressen. Den hänskjutande domstolen [27] och den österrikiska regeringen [28] har i detta sammanhang hänvisat till att det omtvistade förbudet mot kombinationserbjudanden i 9a § första stycket punkt 1 UWG tjänar ytterligare ett syfte som går utöver det skydd för konsumenterna som direktivet syftar till.

49. Förbudet syftar utöver skyddet för konsumenterna nämligen även till att bevara en effektiv konkurrens samt till att skydda mediemångfalden. Genom att förhindra att konkurrenter bjuder över varandra med ytterligare förmåner ska framför allt sådana konkurrenter skyddas som på grund av sin ekonomiska situation inte kan främja försäljningen av sina produkter genom vederlagsfria förmånserbjudanden. Detta skydd kan anses motiverat med hänsyn till mediernas betydelse som opinionsbildande faktor i ett demokratiskt samhälle. Detta argument anfördes av den österrikiska regeringen redan i mål C-368/95, Heinrich Bauer Verlag, [29] som avsåg frågan huruvida detta förbud kunde anses förenligt med den fria rörligheten för varor, varvid domstolen inte heller ifrågasatte att det utgör ett legitimt syfte enligt vilket lagstiftaren i princip kan motivera en begränsning av denna grundläggande frihet.

50. Det ska i detta samband påpekas att bedömningen av vilken vikt de enskilda skyddsintressena i UWG ska tillmätas går i sär.

27 — Se s. 10–12 i beslutet om att begära förhandsavgörande.
28 — Se s. 4–5 i den österrikiska regeringens skriftliga yttrande.
29 — Dom av den 26 juni 1997 i mål C-368/95, Familiapress (REG 1997, s. I-3689).

51. Enligt den hänskjutande domstolens mening syftar 9a § första stycket punkt 1 UWG, i enlighet med den österrikiska lagstiftarens bedömning, inte främst till att skydda konsumenterna, utan ”åtminstone i motsvarande mån”, till att skydda konkurrenterna och att upprätthålla fungerande marknadsförhållanden. [30] Detta har uttryckligen tillbakavisats av den österrikiska regeringen som i sin tur har gjort gällande att förbudet mot kombinationserbjudanden ”huvudsakligen” syftar till att skydda en effektiv konkurrens på medieområdet. [31] Emellertid har den österrikiska regeringen inte förelagt övertygande bevis för denna uppfattning, i synnerhet som den i sitt yttrande avseende kopplingen mellan en tidskrift och en pristävling upprepade gånger har varnat för risken för otillbörlig påverkan av konsumenten genom att dennes spelberoende utnyttjas. [32] Enligt min mening råder det knappast något tvivel om att de farhågor som den österrikiska regeringen ger uttryck för i första hand har en konsumentskyddsrättslig bakgrund.

52. Följande påpekanden ska göras avseende dessa avvikande uttalanden om tolkningen av den nationella rätten.

53. För det första vill jag erinra om att det inte ankommer på domstolen att vid ett förfarande enligt artikel 234 EG uttala sig om tolkningen av bestämmelser i nationell lagstiftning och avgöra huruvida den nationella domstolens tolkning av den nationella rätten är korrekt. [33] Det ankommer på domstolen att inom ramen för kompetensfördelningen mellan gemenskapsdomstolarna och nationella domstolar att av processrättsliga hänsyn i princip snarare beakta det faktiska och rättsliga sammanhang i vilket tolkningsfrågorna ställts, såsom det framställts i begäran om förhandsavgörande. [34]

54. För det andra synes denna avvikande bedömning sakna relevans i materiell hänsyn i slutändan, eftersom det i vart fall inte är tvistigt att bestämmelsen i 9a § första stycket punkt 1 UWG inte syftar till att förbjuda otillbörliga affärsmetoder som *enbart* skadar konkurrenters ekonomiska intressen eller som gäller transaktioner mellan näringsidkare i den mening som avses i skäl 6 i direktivet. Tvärtom är parterna eniga om att syftet med 9a § första stycket punkt 1

30 — Se s. 10–12 i beslutet om att begära förhandsavgörande.

31 — Se punkt 11, s. 4, i den österrikiska regeringens skriftliga yttrande.

32 — Se, för ett liknande resonemang, den tyska regeringens argument i mål C-304/08 (Plus), vilket avsåg förenligheten av en nationell bestämmelse (4 § punkt 6 i den tyska UWG), enligt vilken kombinationserbjudanden i samband med pristävlingar eller spel var förbjudna. Detta förbud grundades i första hand på konsumentskyddsrättsliga skäl. Avseende den tyska regeringens argument i detta mål, se mitt förslag till avgörande av den 3 september 2009 i nämnda mål, särskilt punkterna 93 och 107.

33 — Se, för ett liknande resonemang, dom av den 3 oktober 2000 i mål C-58/98, Corsten (REG 2000, s. I-7919), punkt 24, och av den 29 april 2004 i de förenade målen C-482/01 och C-493/01, Orfanopoulos och Oliveri (REG 2004, s. I-5257), punkt 42.

34 — Se dom av den 25 oktober 2001 i mål C-475/99, Ambulanz Glöckner (REG 2001, s. I-8089), punkt 10, av den 13 november 2003 i mål C-153/02, Neri (REG 2003, s. I-3555), punkterna 34 och 35, i de förenade målen Orfanopoulos och Oliveri (ovan fotnot 30), punkt 42, och av den 21 april 2005 i mål C-267/03, Lindberg (REG 2005, s. I-3247), punkterna 41 och 42.

UWG är att förbjuda otillbörliga affärsmetoder som under alla omständigheter påverkar B2C-förhållanden. Bestämmelsen i 9a § första stycket punkt 1 UWG omfattas följaktligen av tillämpningsområdet för direktiv 2005/29, utan att det är avgörande huruvida detta förbud mot kombinationserbjudanden i första hand syftar till att skydda ett visst rättsligt intresse, konsumenternas, konkurrenternas eller allmänhetens intressen, exempelvis i form av bevarandet av mediemångfalden. I rättsligt avseende saknar det följaktligen relevans för förevarande begäran om förhandsavgörande huruvida och i vilken utsträckning de omtvistade nationella bestämmelserna därutöver, vilket den österrikiska regeringen har gjort gällande, syftar till att bevara mediemångfalden.

ii) Undersökning av de tillämpliga nationella bestämmelserna och nationell rättspraxis

55. Med hänsyn till att det är nödvändigt att ge den hänskjutande domstolen ett användbart svar på tolkningsfrågorna, [35] och samtidigt iaktta den skyldighet som ankommer på generaladvokaterna enligt artikel 222 EG, att fullständigt opartiskt och oavhängigt lägga fram motiverade yttranden, [36] hänvisar jag för säkerhets skull till att det framgår vid en undersökning av de aktuella bestämmelserna, inbegripet förarbetena till UWG, att konsumentskyddet måste ha varit minst lika viktigt för den österrikiska lagstiftaren som skyddet för konkurrenter. Enligt motiven till regeringens förslag från år 2007 till UWG i ändrad lydelse [37] framgår det att regleringen av B2B-området i UWG i princip inte skiljer sig från B2C-området, eftersom skydd för

35 — I dom av den 12 juli 1979 i mål 244/78, Union Laitière Normande (REG 1979, 2663), punkt 5, har domstolen uppgett att artikel 234 EG visserligen inte medger en bedömning av grunderna för att begära förhandsavgörande, men att det på grund av nödvändigheten att komma fram till en ändamålsenlig tolkning av gemenskapsrätten kan bli nödvändigt att kort beskriva den rättsliga bakgrunden till de frågor som ställs. Enligt Lenaerts, K., Arts, A., och Maselis, I., *Procedural Law of the European Union*, andra upplagan, s. 188, punkt 6-021, finns det inte något som hindrar domstolen från att redogöra för sin uppfattning av omständigheterna i målet vid den nationella domstolen och några aspekter av den nationella rätten som utgångspunkt för en ändamålsenlig tolkning av de tillämpliga gemenskapsrättsliga bestämmelserna och principerna.

36 — Enligt generaladvokaten Ruiz-Jarabo Colomer, ”La función del Abogado del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”, *Problèmes d'interprétation*, Bryssel, 2004, s. 334–335, tjänar förslagen till avgörande som underlag vid domarnas överläggning. Dessa yttranden ska i princip ge svar på samtliga rättsfrågor som uppkommer i samband med ett förfarande, varvid domstolens hittillsvarande rättspraxis ska undersökas utförligt. Generaladvokaten understryker även doktrinens tilltagande betydelse vid undersökningen av sådana rättsfrågor.

37 — I ”Erläuterungen zur Regierungsvorlage für ein Bundesgesetz, mit dem das Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb 1984 – UWG geändert wird (UWG-Novelle 2007)”, som offentliggjordes i tidskriften *Recht und Wettbewerb*, årgång 53, nr 170, december 2007, s. 13, anges följande: ”I utkastet regleras, i likhet med i den gällande UWG, B2B-området i princip på samma sätt som B2C-området, eftersom konkurrent- och konsumentskydd inte kan skiljas åt.”

konkurrenter respektive konsumenter enligt den österrikiska lagstiftaren ”inte kan skiljas åt”.

56. Detta motsvarar den allmänna uppfattningen i doktrinen, nämligen att konsumentintressen inte minst därför är skyddade i samma utsträckning i UWG som konkurrenternas och allmänhetens intressen, varvid man utgår från ett tredelat skyddssyfte. [38] Detta gäller även för bestämmelsen i 9a § första stycket punkt 1 som är den centrala bestämmelsen i detta mål och vars konsumentskyddskaraktär inte har ifrågasatts i doktrinen. [39]

57. Därutöver ska det fastställas att i Oberster Gerichtshofs rättspraxis [40] har förbudet mot förmånserbjudanden i första hand ansetts syfta till att skydda konsumenterna,

38 — Enligt 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*, årgång 49, nr 161, september 2003, s. 3, gäller UWG i princip inte enbart konsumenträttsliga aspekter inom konkurrensrätten, utan i samma omfattning konkurrenternas och allmänhetens intressen. En marknadsföringsåtgärd kan helt enkelt inte enbart betraktas och bedömas ur ett konsumentperspektiv. Skyddet för konkurrenternas och allmänhetens intresse av en fungerande priskonkurrens tjänar åtminstone även indirekt konsumentskyddet, eftersom konsumenternas intresse av en fungerande konkurrens säkerställs. Författaren drar sålunda slutsatsen att en handling varken med tanke på det reella ekonomiska livet kan delas upp i en ”konsumentdel” och en ”näringsidkardel” eller att en sådan uppdelning kan motiveras på ett dogmatiskt ändamålsenligt sätt. Enligt uppgifter från Wiebe, A., ”Umsetzung der Geschäftspraktikenrichtlinie und Perspektiven für eine UWG-Reform”, *Juristische Blätter*, årgång 129, häfte 2, februari 2007, s. 71, är det sedan länge ostridigt i Österrike och Tyskland att UWG syftar till att skydda konkurrenterna, konsumenterna och allmänna intressen, vilket uttryckligen föreskrivs i 1 § i den nya tyska UWG. Den inneboende överlappningen av skyddsändamålen gör att det i sakens natur är omöjligt att särskilja de rättsliga bestämmelser som är tillämpliga på B2B- och B2C-transaktioner. Se, för ett liknande resonemang, även Büllesbach, E. (ovan fotnot 21), s. 15, som hänvisar till att regleringen av otillbörliga affärsmetoder i Tyskland och Österrike grundas på ett tredelat skyddsändamål (konsumenter, konkurrenter, allmänheten). 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, s. 313, hänvisar även till att den österrikiska UWG sammantaget syftar till att skydda näringsidkarnas, allmänhetens och konsumenternas intressen.

39 — Duursma-Kepplinger, D. (ovan fotnot 11), hänvisar till att 9a § UWG även främjar konsumentskyddet (16 §, punkt 24, s. 808). Den lagstadgade begränsningen av förmånserbjudanden syftar bland annat att till att skydda köparen från osaklig och vilseledande reklam och till att förhindra att konkurrenter bjuder över varandra med (ytterligare) underordnade prestationer (9a §, punkt 2, s. 276). Författaren anser att UWG:s egentliga målsättning utgör att säkerställa ett allmänpreventivt skydd för allmänna konsumentintressen när det gäller att motverka otillbörlig affärspraxis på konkurrensområdet (16 §, punkt 26, s. 810). Enligt Horak, M., ”Naht das Ende des Zugabenverbots?”, *Ecolex*, 2008, s. 1138, ska syftet med förbudet mot förmåner i första hand anses vara konsumentskydd. Författaren hänvisar i detta sammanhang till domen från Oberster Gerichtshof som åberopas i fotnot 40 i detta förslag till avgörande. Se även Kucsko, G., ”Zur rechtspolitischen Begründung des Zugabenverbots”, *Ecolex*, 1992, s. 709, där uppkomsten av förbudet mot förmånserbjudanden i Österrike har dokumenterats tillbaka till början 1900-talet. Denne författare hänvisar till att det främsta syftet med det österrikiska ”förbudet mot förmånserbjudanden” består i att förhindra att konsumenterna blir otillbörligt påverkade att förvärva varor och att förmånerna döljer det verkliga priset för den huvudsakliga varan vilket leder till att kunden vilseleds. Dessutom ska förbudet motverka att de konkurrerande företagen bjuder över varandra.

40 — Se dom av den 9 mars 1999 från Oberster Gerichtshof, Fini's Feinstes (4 Ob 28/99t). I denna dom anges: ”Syftet med förbudet mot förmånserbjudanden är främst att skydda konsumenterna: konsumenternas beslut ska inte påverkas av spelbegär och strävan efter vinst, exempelvis genom möjligheten att delta i en pristävling. Beslutet att köpa en vara ska fattas med hänsyn till dess kvalitet och pris och grundas på en saklig jämförelse av varor, och inte fattas mer eller mindre osett, för att vinna det pris som erbjudits som lockbete.”

delvis med hänvisning till doktrinen. Följaktligen ska konsumenternas beslut inte påverkas av spelbegär och strävan efter vinst, exempelvis genom möjligheten att delta i en pristävling.

Följaktligen ska denna bestämmelse bedömas i enlighet med kraven i direktivet. [41]

3. Undersökning av de båda regelverkens struktur

58. Sålunda måste man även efter en undersökning av de tillämpliga österrikiska bestämmelserna och doktrinen utgå från att förbudet mot förmånserbjudanden i 9a § första stycket punkt 1 UWG åtminstone syftar till att skydda konsumenterna i samma utsträckning.

a) Bestämmelserna i direktiv 2005/29

60. För att kunna fastställa om direktiv 2005/29 utgör hinder mot en sådan nationell bestämmelse som 9a § första stycket

c) Resultat

59. Mot bakgrund av ovanstående resonemang drar jag slutsatsen att den nationella bestämmelsen i 9a § första stycket punkt 1 UWG omfattas av direktivets tillämpningsområde.

41 — Se Horak, M., ”Zugabenverbot gemeinschaftsrechtswidrig?”, *Ecolex*, 2009/123, s. 341, som anser att den första tolkningsfrågan avser huruvida ett per se-förbud mot förmåner, vilket ska skydda både konsumenter och näringsidkare, är förenligt med direktiv 2005/29. Enligt författarens mening strider ett sådant per se-förbud mot gemenskapsrätten såvida det inte är starkt avgränsat och begränsat till erbjudanden som endast riktar sig till näringsidkare och inte berör konsumentintressen. Dessa förutsättningar är inte uppfyllda vad gäller 9a § första stycket punkt 1 UWG. Enligt Lettner (ovan fotnot 38), nr 9, s. 317, kan den omständighet att förbudet mot kombinationserbjudanden i 9a § första stycket punkt 1 UWG inte enbart syftar till att skydda konsumenterna, utan även främjar andra syften som inte omfattas av direktivets sakliga tillämpningsområde, exempelvis upprätthållandet av mediemångfalden eller skyddet för svagare konkurrenter, inte motivera bibehållandet av ett per se-förbud inom B2C-området vid sidan av den svarta listan. Båda författarna antar följaktligen att den omtvistade nationella bestämmelsen omfattas av tillämpningsområdet för direktiv 2005/29.

UWG, är det nödvändigt att undersöka de båda regelverkens syften och struktur och därefter jämföra dem.

62. För det första framgår detta av skäl 11 i direktivet enligt vilket *tillnärmning* av nationella bestämmelser genom detta direktiv ska skapa en hög gemensam konsumentskyddsnivå. För det andra anges i skäl 12 i direktivet att konsumenter och näringsidkare ska kunna förlita sig på en *enda rättslig ram*, som grundar sig på tydligt definierade rättsliga begrepp som reglerar alla aspekter av otillbörliga affärsmetoder inom hela Europeiska unionen. Till denna metod för *tillnärmning av lagstiftningen* hänvisas på nytt i artikel 1 i direktivet, av vilken det framgår att den syftar till att förbättra konsumentskyddet och den inre marknaden.

i) Fullständig tillnärmning av de nationella reglerna som mål för lagstiftningen

61. Som angetts ovan [42] syftar direktiv 2005/29 till en fullständig harmonisering av medlemsstaternas lagstiftning om otillbörliga affärsmetoder. Dessutom eftersträvas, till skillnad från vad som hittills varit fallet vad gäller sektorspecifika rättsakter för harmonisering av konsumentskyddslagstiftningen, inte endast en minimiharmonisering utan en fullständig tillnärmning av den nationella lagstiftningen. Medlemsstaterna får, med vissa undantag, inte vidta åtgärder som är mer restriktiva än vad som föreskrivs i direktivet, även om detta skulle ske i syfte att säkerställa en högre konsumentskyddsnivå. [43] Båda delarna framgår av såväl ingressen till direktivet som av dess allmänna bestämmelser.

63. Syftet med en omfattande reglering på gemenskapsnivå på det område som omfattas av direktivet framgår i sin tur tydligt av skälen 14 och 15 i direktivet, i vilka det uttryckligen talas om en *fullständig harmonisering*. Därutöver framgår detta av klausulen om den inre marknaden i artikel 4 i direktivet, enligt vilken medlemsstaterna inte får begränsa friheten att tillhandahålla tjänster eller den fria rörligheten för varor av anledningar som omfattas av det område som *tillnärmas* genom detta direktiv.

42 — Se punkt 33 i förevarande förslag till avgörande.

43 — Se domen i de förenade målen VTB-VAB och Galatea (ovan fotnot 4), punkt 52.

64. Som undantag föreskrivs i artikel 3.5 i direktiv 2005/29 att medlemsstaterna under en period på sex år från och med den 12 juni 2007 får fortsätta att tillämpa nationella bestämmelser, inom det område som tillnärmas genom detta direktiv, vilka är mer inskränkande eller mer föreskrivande än bestämmelserna i detta direktiv. Detta undantag gäller emellertid endast för de nationella bestämmelser som genomför direktiv som innehåller klausuler om minimiharmonisering. [44] Ett ytterligare undantag från den fullständiga harmoniseringen återfinns slutligen i artikel 3.9 när det gäller finansiella tjänster enligt definitionen i direktiv 2002/65/EG och fast egendom.

ii) Strukturen i direktiv 2005/29

65. Generalklausulen i artikel 5.1, i vilken förbudet mot otillbörliga affärsmetoder föreskrivs, utgör hörnstenen i direktiv 2005/29. I artikel 5.2 anges vad som exakt avses med ”otillbörlig”. Enligt denna artikel ska en affärsmetod anses vara otillbörlig om den, för det första, strider mot ”god yrkessed” och, för det andra, sannolikt kommer att innebära ”avsevärd snedvridning” av det ekonomiska beteendet hos konsumenten. Enligt artikel 5.4 ska affärsmetoder anses otillbörliga om de är vilseledande (artiklarna 6 och 7) eller aggressiva (artiklarna 8 och 9). I artikel 5.5 hänvisas till bilaga I och de affärsmetoder som anges där, vilka ”under alla omständigheter skall betraktas som otillbörliga”. Denna förteckning ska gälla i alla medlemsstater och får ändras endast genom en översyn av detta direktiv.

66. Vad gäller de nationella domstolarnas och myndigheternas tillämpning av lagstiftningen följer därav att de 31 fallen av otillbörliga affärsmetoder ska knytas till förteckningen i bilaga I. Om en affärsmetod omfattas av en av handlingarna ska den förbjudas. En ytterligare prövning av till exempel effekterna är inte avgörande. Om de faktiska omständigheterna inte omfattas av förbudslistan, ska det prövas om ett av de exempel som anges

44 — Till de direktiv i den mening som avses i artikel 3.5 i direktiv 2005/29 som innehåller bestämmelser om minimiharmonisering hör följande: Rådets direktiv 85/577/EEG av den 20 december 1985 för skydd av konsumenten i de fall då avtal ingås utanför fasta affärslokaler (EGT L 372, s. 31; svensk specialutgåva, område 15, volym 7, s. 83), rådets direktiv 90/314/EEG av den 13 juni 1990 om paketresor, semesterpaket och andra paketarrangemang (EGT L 158, s. 59; svensk specialutgåva, område 6, volym 3, s. 53), Europaparlamentets och rådets direktiv 94/47/EG av den 26 oktober 1994 om skydd för köparna vad avser vissa aspekter i avtal om nyttjanderätten till fast egendom på tidsdelningsbasis (EGT L 280, s. 83; svensk specialutgåva, område 13, volym 27, s. 40), Europaparlamentets och rådets direktiv 97/7/EG av den 20 maj 1997 om konsumentskydd vid distansavtal (EGT L 144, s. 19), Europaparlamentets och rådets direktiv 98/6/EG av den 16 februari 1998 om konsumentskydd i samband med prismärkning av varor som erbjuds konsumenter (EGT L 80, s. 27), rådets direktiv 89/552/EEG av den 3 oktober 1989 om samordning av vissa bestämmelser som fastställts i medlemsstaternas lagar och andra författningar om utförandet av sändningsverksamhet för television (EGT L 298, s. 23; svensk specialutgåva, område 6, volym 3, s. 3).

i generalklausulen, det vill säga vilseledande eller aggressiva affärsmetoder, föreligger. Generalklausulen i artikel 5.1 i direktivet ska endast tillämpas direkt om så inte är fallet. [45]

b) Bestämmelserna i UWG

67. Enligt fast rättspraxis har varje medlemsstat som ett direktiv är riktat till en skyldighet att i sin nationella rättsordning vidta alla nödvändiga åtgärder för att säkerställa direktivets fulla verkan i enlighet med det mål som eftersträvas med direktivet. [46] Därmed förbunden är den nationella lagstiftarens skyldighet att i vederbörlig ordning införliva det berörda direktivet med nationell rätt. [47] Enligt ordalydelsen i artikel 249.3 EG överlåts emellertid åt de nationella myndigheterna att bestämma form och tillvägagångssätt för genomförandet. Denna valfrihet tillkommer framför allt den nationella lagstiftaren.

68. Det har av det skälet erkänts i rättspraxis att ett korrekt införlivande av ett direktiv inte nödvändigtvis kräver att direktivbestämmelserna återges ordagrant i en uttrycklig och specifik lagregel. [48] Det viktiga är att den nationella lagstiftning som sätts i kraft för att genomföra direktivet uppfyller kraven på rättslig klarhet och rättssäkerhet för att säkerställa att hela direktivet genomförs då den nationella lagstiftningen tillämpas av domstolar och myndigheter. [49]

45 — Se även prövningsschemat av De Cristofaro, G., ”La direttiva 2005/29/CE – Contenuti, rationes, caratteristiche”, *Le pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori*, Turin, 2007, s. 12, och Henning-Bodewig, F., ”Die Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken”, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Internationaler Teil*, 2005, häfte 8/9, s. 631.

46 — Se bland annat dom av den 1 februari 1977 i mål 51/76, Verbond van Nederlandse Ondernemingen (REG 1977, s. 113), punkt 22, av den 26 februari 1986 i mål 152/84, Marshall (REG 1986, s. 723; svensk specialutgåva, volym 8, s. 457), punkt 48, av den 24 oktober 1996 i mål C-72/95, Kraaijeveld m.fl. (REG 1996, s. I-5403), punkt 55, av den 17 juni 1999 i mål C-336/97, kommissionen mot Italien (REG 1999, s. I-3771), punkt 19, av den 8 mars 2001 i mål C-97/00, kommissionen mot Frankrike (REG 2001, s. I-2053), punkt 9, av den 7 maj 2002 i mål C-478/99, kommissionen mot Sverige (REG 2002, s. I-4147), punkt 15, och av den 26 juni 2003 i mål C-233/00, kommissionen mot Frankrike (REG 2003, s. I-6625), punkt 75.

47 — Införlivandet av direktiv är en del av ett lagstiftningsförfarande i två steg, varvid det andra steget ska ske på nationell nivå. Genom det materiella införlivandet på nationell nivå konkretiseras direktivet (se i detta avseende Vcelouch, P., *Kommentar zu EU- und EG-Vertrag* (utgiven av Heinz Mayer), Wien, 2004, artikel 249, punkterna 48 och 50, s. 17–18).

48 — Se dom av den 28 februari 1991 i mål C-131/88, kommissionen mot Tyskland (REG 1991, s. I-825), punkt 6, av den 20 mars 1997 i mål C-96/95, kommissionen mot Tyskland (REG 1997, s. I-1653), punkt 35, av den 15 november 2001 i mål C-49/00, kommissionen mot Italien (REG 2001, s. I-8575), punkterna 21 och 22, av den 28 april 2005 i mål C-410/03, kommissionen mot Italien (REG 2005, s. I-3507), punkt 60. Seichter, D., ”Der Umsetzungsbedarf der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken”, *Wettbewerb in Recht und Praxis*, 2005, s. 1088, har med rätta hänvisat härtill i samband med behovet att införliva direktiv 2005/29 med den tyska lagstiftningen.

49 — Se, för ett liknande resonemang, Ruffert, M., i Calliess/Ruffert (utgivare), *Kommentar zu EUV/EGV*, tredje upplagan, 2007, artikel 249, punkt 49, s. 2135. Enligt fast rättspraxis ska införlivandet av ett direktiv säkerställa att direktivet kommer att tillämpas fullt ut. Se bland annat dom av den 9 september 1999 i mål C-217/97, kommissionen mot Tyskland (REG 1999, s. I-5087), punkt 31, av den 16 november 2000 i mål C-214/98, kommissionen mot Grekland (REG 2000, s. I-9601), punkt 49, och av den 11 juli 2002 i mål C-62/00, Marks & Spencer (REG 2002, s. I-6325), punkt 26.

i) Redogörelse för strukturen hos förbudet i 9a § första stycket punkt 1 UWG

69. Enligt uppgifter från den hänskjutande domstolen får företag enligt 9a § första stycket punkt 1 UWG inte utannonsera vederlagsfria förmånserbjudanden till konsumenter vid köp av varor eller tjänster. Om huvudprodukten är en tidskrift (tidning eller liknande), gäller förbudet även själva erbjudandet eller beviljandet av förmåner. Enligt rättspraxis från Oberster Gerichtshof [50] anses särskilt den möjlighet att delta i en pristävling som uppkommer genom köp av huvudprodukten utgöra ett förmånserbjudande.

70. I enlighet med vad som framgår av beslutet att begära förhandsavgörande [51] tolkas denna bestämmelse restriktivt i rättspraxis, så att inte samtliga vederlagsfria förmånserbjudande anses vara otillbörlig. Följaktligen krävs för en tillämpning av 9a § första stycket punkt 1 UWG enligt fast rättspraxis från Oberster Gerichtshof att det ifrågasatta beteendet i det konkreta fallet a) varit ägnat att förmå konsumenter att köpa huvudprodukten (eller den huvudsakliga tjänsten), [52] och att detta beteende (därför) b) kunde medföra en icke endast oväsentlig ändring av efterfrågan. [53] Första stycket ska således inte tillämpas i brist på ett otillbörligt ”förmånserbjudande” i den mening som avses i denna bestämmelse i den mån de villkor som har utvecklats i rättspraxis inte är uppfyllda. [54]

71. Oberoende av denna restriktiva tolkning i österrikisk rättspraxis kan det fastställas att den omtvistade bestämmelsen i 9a § UWG grundas på en princip om regel-undantag som är utformad så, att en kombination av två olika slags varor eller tjänster i marknadsföringssyfte är förbjuden enligt första stycket, såvida inte något av de undantag som föreskrivs i andra stycket är tillämpliga. Med andra ord är det enligt denna bestämmelse förbjudet att kombinera två olika slags varor eller tjänster i marknadsföringssyfte

50 — Se s. 10 i beslutet om att begära förhandsavgörande.

51 — Den hänskjutande domstolen hänvisar på s. 8 i beslutet om att begära förhandsavgörande till dom från Oberster Gerichtshof av den 20 oktober 1992, Welt des Wohnens (4 Ob 87/92), av den 30 januari 2008, ORF-Teletext (3 Ob 273/07d), och av den 14 februari 2008 (4 Ob 17/08s).

52 — Den hänskjutande domstolen nämner på s. 8 i beslutet om att begära förhandsavgörande domen i målet Welt des Wohnens (ovan fotnot 51).

53 — Den hänskjutande domstolen nämner på s. 8 i beslutet om att begära förhandsavgörande dom från Oberster Gerichtshof av den 14 december 1999, Tipp des Tages III (4 Ob 290/99x).

54 — Se även s. 4 i Mediaprints skriftliga yttrande.

och denna bestämmelse ska följaktligen tolkas som ett principiellt förbud mot kombinationserbjudanden, enligt vilket undantag emellertid är tillåtna i särskilda fall. [55]

4. Huruvida de omtvistade bestämmelserna är förenliga med direktiv 2005/29

72. Vidare ska jag utreda frågan huruvida den omtvistade bestämmelsen är förenlig med direktiv 2005/29, främst med beaktande av den nationella bestämmelsens struktur. För det fall att det fastställs att den nationella rätten är oförenlig med gemenskapsrätten, vilket lagens ordalydelse tyder på, ska jag pröva huruvida denna bestämmelse, med beaktande av Oberster Gerichtshofs ovannämnda restriktiva tolkning, likväl kan anses förenlig med direktivet.

55 — Se Horak, M. (ovan fotnot 39), s. 1137, som jämför bestämmelsen i 9a § UWG med ”per se-förbud”. Genom per se-förbud förbjuds vissa abstrakt beskrivna affärsmetoder, utan att en domstol i det enskilda fallet kan pröva deras konsekvenser på konsumenter eller konkurrenter. För att uppväga detta vid tillämpningen i praktiken åtföljs sådana förbud för det mesta av en uppräkning av undantag. Enligt författarens uppfattning följer 9a § UWG detta system med ett principiellt förbud i första stycket och en lista på undantag i andra stycket. Heidinger, R. (ovan fotnot 17), s. 45, anser att bestämmelsen i 9a § UWG är utformat som ett per se-förbud, genom vilket vissa affärsmetoder förbjuds, utan att deras effekt på konsumenterna kan prövas i det enskilda fallet.

a) Den skrivna nationella rätten

i) Bestämmelsens omvända systematik

73. Vad gäller frågan huruvida den omtvistade bestämmelsen är förenlig med direktiv 2005/29, ska det omedelbart slås fast att det omtvistade förbudet mot kombinationserbjudanden i 9a § första stycket punkt 1 UWG utgör en specialregel i nämnda lag, som saknar motsvarighet i direktiv 2005/29. Enligt 9a § första stycket punkt 1 UWG föreskrivs ett principiellt förbud mot kombinationserbjudanden som inte i sig uppställs i direktivet.

74. På grund av den princip om regel-undantag på vilken denna nationella bestämmelse baseras har den en annan struktur än direktiv 2005/29. Det är i första hand bestämmelsens omvända systematik som gör att det är oklart huruvida den är förenlig med nämnda direktiv, varvid det, mot bakgrund av att den nationella lagstiftaren förfogar över ett visst handlingsutrymme vid införlivandet, i första hand handlar om den nationella bestämmelsens innehåll och endast i mindre omfattning om dess formella utformning. Bestämmelsen avviker nämligen från direktiv 2005/29 vad

gäller innehållet. Som jag redan har visat i mitt förslag till avgörande i de förenade målen C-261/07 (VTB-VAB) och C-299/07 (Galatea) utgår direktivet således från ett synsätt till förmån för näringsidkares näringsfrihet, som huvudsakligen motsvarar principen *in dubio pro libertate*. [56] Till skillnad från bestämmelsen i 9a § första stycket punkt 1 UWG utgår direktivet från att affärsmetoder är tillbörliga så länge som de angivna rättsliga förutsättningarna för ett förbud inte föreligger. [57]

vilka otillbörliga affärsmetoder regleras, som är förankrade i skälen 4 och 5 samt i artikel 1 i direktivet. [58]

ii) Frågan om huruvida undantagsbestämmelsen i 9a § andra stycket UWG är otillräcklig

75. Denna liberala uppfattning har en konkret politisk bakgrund som syftar till att säkerställa att gemenskapslagstiftarens mål uppnås, nämligen att i den omfattning som krävs för att den inre marknaden ska fungera väl och för att säkerställa en hög konsumentskyddsnivå, genom enhetliga regler på gemenskapsnivå undanröja hinder för etableringsfrihet eller för fri rörlighet för varor och tjänster över gränserna, som uppkommer genom det stora antal nationella bestämmelser i

76. Vidare är undantagsbestämmelser till principiella förbud som det i 9a § andra stycket UWG inte ägnade att omfatta samtliga situationer där en affärsmetod kan anses vara tillbörlig enligt bestämmelserna i direktiv 2005/29, eftersom det inte är möjligt för de behöriga nationella domstolarna och myndigheterna att göra en bedömning från fall

56 — Se mitt förslag till avgörande i de förenade målen VTB-VAB och Galatea (ovan fotnot 12), punkt 81. Se även Micklitz, H.-W. (ovan fotnot 25), s. 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, s. 15, har därför beskrivit det synsätt som ligger till grund för direktivet som liberalt. Enligt detta är allt som inte uttryckligen är förbjudet tillåtet. De Cristofaro, G. (ovan fotnot 41), s. 11, har med rätta påpekat att ett kasuistiskt tillvägagångssätt anges i direktivet genom att det fastställer kriterierna för att bedöma en affärsmetod som otillbörlig medan gemenskapslagstiftaren helt och hållet har avstått från att ange vad som kännetecknar en tillbörlig affärsmetod.

58 — Se 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", s. 47–48, som poängterar direktivets harmoniserande effekt, vars syfte är att övervinna de betydande skillnader mellan medlemsstaternas reglering av otillbörliga affärsmetoder som förelåg innan direktiv 2005/29 trädde i kraft. Se, för ett liknande resonemang, Bargelli, E. (ovan fotnot. 21), s. 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, s. 137, betecknar utgångspunkten i direktiv 2005/29 som en avreglering i form av en samtidig reglering. Harmoniseringen av de nationella bestämmelserna avreglerar marknaden genom att upphäva den mångfald av bestämmelser som gällde i medlemsstaterna till förmån för enhetliga bestämmelser. Enligt Falce, V., och Ghidini, G., (ovan fotnot 23), s. 372, syftar direktiv 2005/29 till att skapa en balans mellan en inre marknad utan gränser å ena sidan och konsumentskyddet å andra sidan.

till fall. [59] Detta har domstolen även bekräftat i domen i de förenade målen VTB-VAB och Galatea. [60]

77. Eftersom kombinationserbjudanden inte räknas till de affärsmetoder i bilaga I som under alla omständigheter är otillbörliga så får de i princip endast förbjudas om de exempelvis är vilseledande eller aggressiva i den mening som avses i direktivet och sålunda utgör otillbörliga affärsmetoder. Bortsett från detta får affärsmetoder endast förbjudas enligt direktiv 2005/29 om de anses otillbörliga på grund av att de strider mot god yrkessed eller innebär, eller sannolikt kommer att innebära, avsevärd snedvridning av det ekonomiska beteendet i förhållande till produkten hos genomsnittskonsumenten.

78. Det kan inte generellt fastställas huruvida detta är fallet när det gäller kombinationserbjudanden, utan tvärtom krävs det en bedömning av den konkreta affärsmetoden från fall till fall. Detta framgår klart av skäl 7 i direktivet, enligt vilket det vid tillämpningen av detta direktiv, särskilt generalklausulerna i direktivet, bör göras en noggrann bedömning av omständigheterna i det enskilda fallet. Av ordet ”särskilt” framgår även att den aktuella bedömningen i det enskilda fallet inte enbart hänför sig till tillämpningen av generalklausulen i artikel 5.1, utan att den även gäller tillämpningen av de konkreta bestämmelserna i artiklarna 5–9 i direktivet. Det framgår av skäl 17 att gemenskapslagstiftaren även har utgått från att det, när en affärsmetod inte omfattas av de affärsmetoder som räknas upp i bilaga I, är nödvändigt att bedöma omständigheterna från fall till fall med ledning av bestämmelserna i artiklarna 5–9 i direktivet. Detta följer *e contrario* av tredje meningen i skäl 17, i vilken det nämligen föreskrivs att endast de affärsmetoder som räknas upp i bilaga I ”skall kunna bedömas som otillbörliga utan prövning från fall till fall utifrån bestämmelserna i artiklarna 5–9”.

iii) Resultat i denna del

79. Den omtvistade bestämmelsen är, såsom framgår av dess ordalydelse, inte förenlig med direktiv 2005/29.

59 — Se, för ett liknande resonemang, Heidinger, R. (ovan fotnot 17), s. 46.

60 — Se ovan fotnot 4, punkterna 64 och 65.

b) Möjligheten att göra en direktivkonform tolkning

80. Som jag har visat i mitt förslag till avgörande i målet Plus, [61] är det inte endast bestämmelsernas ordalydelse som är avgörande vid prövningen av frågan huruvida nationella bestämmelser står i strid med gemenskapsrätten, utan därutöver måste även den nationella domstolens tolkning av dessa bestämmelser beaktas. [62] Genom att den återger den tolkning av lagen som är bindande för enskilda är den rättspraxis som har utvecklats i en medlemsstat avgörande för bedömningen av om den nationella lagstiftningen har införlivats och tolkats i enlighet med gemenskapsrätten. [63]

81. Den omständigheten att Oberster Gerichtshof normalt sett tillämpar en restriktiv tolkning av det principiella förbudet mot kombinationserbjudanden skulle kunna tala för att den aktuella bestämmelsen är förenlig med direktivet. Det kan inte uteslutas att ett sådant förbud blir så urholkat genom den nationella domstolens restriktiva tolkning att det i slutändan överensstämmer med direktivet. Bortsett från detta vill jag erinra om att en nationell domstol enligt EU-domstolens rättspraxis är skyldig att, oavsett om det är fråga om en bestämmelse som har antagits före eller efter direktivet, tolka den nationella rätten mot bakgrund av direktivets ordalydelse och syfte, [64] för att uppnå det resultat som avses i direktivet och iaktta artikel 249 tredje stycket EG, varvid det ankommer på den nationella domstolen att, med fullt utnyttjande av den bedömningsfrihet som den har enligt nationell rätt, företa denna tolkning i överensstämmelse med gemenskapsrättens krav. [65] I samband med denna skyldighet finns även möjligheten att företa en direktivkonform inskränkning av den berörda nationella

61 — Ovan fotnot 20, punkt 82.

62 — Lenaerts, K., Arts, D., och Maselis, I. (ovan fotnot 35), punkt 5-056, s. 162, har påpekat att räckvidden av nationella lagar, förordningar eller administrativa bestämmelser måste bedömas mot bakgrund av de nationella domstolarnas tolkning. Frågan om huruvida den nationella lagstiftningen hade tolkats i överensstämmelse med gemenskapsrätten var föremål för en begäran om förhandsavgörande från Bundesgerichtshof i dom av den 19 november 1996 i mål C-42/95, Siemens mot Nold (REG 1996, s. I-6017), samt från Hof van beroep te Gent i dom av den 16 december 2008 i mål C-205/07, Gysbrechts (REG 2008, s. I-9947).

63 — Se i detta avseende mitt förslag till avgörande inför dom av den 18 december 2008 i mål C-338/06, kommissionen mot Spanien (REG 2008, s. I-10139), punkt 89.

64 — Dom av den 10 april 1984 i mål 14/83, von Colson och Kamann (REG 1984, s. 1891; svensk specialutgåva, volym 7, s. 577), punkt 26, och i mål 79/83, Harz (REG 1984, s. 1921), punkt 26, av den 15 maj 1986 i mål 222/84, Johnston mot Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary (REG 1986, s. 1651; svensk specialutgåva, volym 8, s. 597), punkt 53, av den 8 oktober 1987 i mål 80/86, Kolpinghuis Nijmegen (REG 1987, s. 3969; svensk specialutgåva, volym 9, s. 213), punkt 12, av den 20 september 1988 i mål 31/87, Beentjes (REG 1988, s. 4635), punkt 39, av den 14 juli 1994 i mål C-91/92, Faccini Dori (REG 1994, s. I-3325; svensk specialutgåva, volym 16, s. I-1), punkt 24, av den 25 februari 1999 i mål C-131/97, Carbonari (REG 1999, s. I-1103), punkt 48, av den 15 juni 2000 i mål 365/98, Brinkmann Tabakfabriken (REG 2000, s. I-4619), punkt 40, av den 27 juni 2000 i de förenade målen C-240/98–C-244/98, Océano Grupo Editorial och Salvat Editores (REG 2000, s. I-4941), punkt 30, av den 13 juli 2000 i mål C-456/98, Centrosteel (REG 2000, s. I-6007), punkt 16, av den 3 oktober 2000 i mål C-371/97, Gozza (REG 2000, s. I-7881), punkt 37. Se, för ett liknande resonemang, dom av den 13 november 1990 i mål C-106/89, Marleasing (REG 1990, s. I-4135), punkt 8, av den 15 maj 2003 i mål C-160/01, Mau (REG 2003, s. I-4791), punkt 36, av den 22 maj 2003 i mål C-462/99, Connect Austria (REG 2003, s. I-5197), punkt 38, av den 23 oktober 2003 i mål C-408/01, Adidas-Salomon och Adidas Benelux (REG 2003, s. I-12537), punkt 21, och av den 9 mars 2004 i de förenade målen C-397/01–C-403/01, Pfeiffer (REG 2004, s. I-8835), punkt 113. Se i detta avseende Schweitzer, M., Hummer, W., och Obwexer, W., *Europarecht*, Wien, 2007, s. 82–83.

65 — Domen i målet von Colson och Kamann mot Nordrhein-Westfalen (ovan fotnot 64), punkt 28, och i målet Harz mot Deutsche Tradax (ovan fotnot 64), punkt 28.

bestämmelsen i den mån den nationella domstolen är berättigad härtill. [66]

82. I så fall måste emellertid den restriktiva tolkning som Oberster Gerichtshof företräder leda till en långtgående överensstämmelse med det rättsliga innehållet i 9a § första stycket punkt 1 UWG.

i) Prövning av förenligheten med direktivets bestämmelser

83. Det ska i det följande undersökas huruvida det omtvistade förbudet mot kombinationserbjudanden i den restriktiva tolkningen såsom den har utvecklats i österrikisk rättspraxis kan anses förenligt med direktivet. I detta syfte ska det prövningsschema som beskrivits i punkt 66 i detta förslag till avgörande läggas till grund för undersökningen.

66 — Enligt Streinz, R., *Europarecht*, åttonde upplagan, Heidelberg, 2008, s. 161, punkt 456, bestäms gränsen för skyldigheten till direktivkonform tolkning av i vilken mån den nationella rätten kan tolkas i önskat avseende. I den mån de nationella domstolarna är behöriga att utveckla rättspraxis, måste utvecklingen av den nationella rätten i förekommande fall ske direktivkonformt.

– Artikel 5.4 och 5.5 i direktiv 2005/29

Förteckningen över otillbörliga affärsmetoder i bilaga I till direktivet

84. Det ska inledningsvis slås fast att de affärsmetoder som är förbjudna enligt 9a § första stycket UWG inte motsvarar något av de fall av otillbörliga affärsmetoder som anges i bilaga I till direktivet. Bland annat är inte det fall som anges i punkt 16 där reklamen innehåller påståendet att vissa produkter kan underlätta vinst i hasardspel tillämpligt. Det avser en särskild form av reklam, [67] men inte tillämpning av kombinationserbjudanden. [68] Bortsett från detta innehåller inte den reklamen, såsom Österreich har påstått, att möjligheten att vinna ökar vid köp av en vara. Den erbjuder endast en möjlighet att delta i ett hasardspel som är tillgängligt för alla på

67 — Vad gäller syftet bakom detta förbudsrekvisit, se Büllesbach, E. (ovan fotnot 21), s. 114. Om en näringsidkare påstår att en produkt underlättar vinst i hasardspel ger detta konsumenten en uppfattning av att ett förvärvande av produkten kan påverka vinstchanserna till hans fördel. Det är emellertid kännetecknande för hasardspel att det är slumpen som avgör hur vinsten utfaller. På grund av detta slumpartade element är det i princip omöjligt att påverka vinstchanserna. Vilseledandet avser följaktligen produktens ändamålsenlighet. Eftersom ett sådant påstående har direkt anknytning till spelbegär, innebär det en särskild risk för konsumenten, eftersom förhoppningen om en lättare vinst i hög grad kan påverka dennes beslut.

68 — Se punkt 85 i mitt förslag till avgörande i målet Plus (ovan fotnot 20).

Internet utan att köparen därigenom utlovas en större möjlighet till vinst. Den konsument som vill delta i valet av ”årets fotbollsspelare” måste sålunda inte nödvändigtvis köpa den aktuella tidningen, utan kan välja mellan olika möjligheter att delta. Det har varken antagits eller framgår vid en objektiv bedömning att konsumentens vinstchanser skulle vara lägre om denne deltog på ett annat sätt än genom att köpa tidningen i fråga.

Vilseledande och aggressiva affärsmetoder i den mening som avses i artikel 5.4 i direktivet

85. Det är tveksamt huruvida den affärsmetod som förbjuds i 9a § första stycket UWG kan anses vilseledande eller aggressiv i den mening som avses i artikel 5.4 i direktivet, vilket den österrikiska regeringen har gjort gällande. Dessutom har denna hävdat att den omtvistade bestämmelsen utgör ett införlivande av artikel 6.1 d respektive av artikel 8 och artikel 9 i direktivet. [69]

Vilseledande affärsmetoder i den mening som avses i artikel 6 och artikel 7 i direktivet

86. Kännetecknande för vilseledande affärsmetoder är framför allt ett vilseledande som rör produktens utmärkande egenskaper, vilket bekräftas genom en tolkning av artikel 6 och artikel 7 i direktivet. Till en produkts utmärkande egenskaper hör enligt artikel 6.1 d i direktivet även priset.

87. I domen i målet Oosthoek’s Uitgeversmaatschappij, [70] till vilken den österrikiska regeringen har hänvisat, har domstolen i samband med frågan om huruvida ett nederländskt förbud mot förmånserbjudanden var förenligt med den fria rörligheten för varor slagit fast att ”förmånserbjudanden i form av varor som ett säljfrämjande medel kan vilseleda konsumenterna med hänsyn till vissa varors reella priser och snedvrida villkoren för verklig konkurrens”. Mot bakgrund av detta har domstolen dragit slutsatsen att ”en lagstiftning som av detta skäl begränsar eller till och med förbjuder sådana affärsmetoder kan följaktligen bidra till att skydda konsumenterna och främja god handelssed”.

88. Dessa uttalanden är fortfarande aktuella även om de gjordes långt innan direktiv 2005/29 antogs, eftersom det vid en korrekt tolkning av de ovan citerade passagerna egentligen hänvisas till den abstrakta risk som

69 — Se punkt 55, s. 21, i den österrikiska regeringens skriftliga yttrande.

70 — Dom av den 15 december 1982 i mål 286/81, Oosthoek’s Uitgeversmaatschappij (REG 1982, s. 4575; svensk specialutgåva, volym 6, s. 583), punkt 18.

kombinationserbjudanden medför, nämligen att de enskilda produkternas värde eventuellt inte framgår tillräckligt tydligt. På detta tyder användningen av verbet ”kan” i första meningen. Underförstått har domstolen sålunda utgått från att det är nödvändigt med en bedömning från fall till fall, såsom gemenskapslagstiftaren även har krävt i direktiv 2005/29.

89. Bortsett från detta så framgår det tydligt av ovannämnda dom att domstolen enbart har tagit ställning till frågan huruvida det aktuella nederländska förbudet mot förmånserbjudanden, under beaktande av dess speciella utformning, var förenligt med den fria rörligheten för varor. Det är därför inte utan vidare möjligt att tillämpa domstolens slutsatser på förevarande mål. Mot denna bakgrund finns det, oberoende av den aktuella utformningen, inte något stöd för argumentet att varje tillämpning av förmånserbjudanden innebär ett potentiellt vilseledande.

90. Följaktligen kan den omtvistade bestämmelsen i dess restriktiva tolkning i österrikisk rättspraxis inte anses vara förenlig med artikel 6.1 d i direktivet.

Aggressiva affärsmetoder i den mening som avses i artikel 8 i direktivet

91. Det är uteslutet att generellt klassificera kombinationserbjudanden som en aggressiv affärsmetod, eftersom det enligt artikel 8 i direktivet krävs en påverkan av genomsnittskonsumentens valfrihet eller handlande avseende produkten genom bland annat trakasseri, tvång eller användande av våld.

92. Detta utgör emellertid varken ett typiskt kännetecken för kombinationserbjudanden eller är uppfyllt i målet vid den nationella domstolen. Följaktligen är den omtvistade bestämmelsen inte förenlig med artikel 8 i direktivet trots dess restriktiva tolkning.

— Artikel 5.2 i direktiv 2005/29

93. Enligt direktivet kommer ett förbud endast i fråga när en affärsmetod ska bedömas som otillbörlig av det skälet att den strider mot god yrkessed och innebär, eller sannolikt kommer att innebära, avsevärd snedvridning av det ekonomiska beteendet i förhållande till produkten hos genomsnittskonsumenten. I

detta syfte ska de kumulativa villkoren i artikel 5.2 a och b vara uppfyllda. [71]

94. Undersökningen av huruvida 9a § första stycket punkt 1 UWG är förenlig med artikel 5.2 i direktiv 2005/29 ska genomföras i två steg. Först ska det prövas huruvida det uppställs samma rättsliga krav på ett förbud enligt bestämmelsen i 9a § första stycket punkt 1 UWG i dess ovannämnda restriktiva tolkning som i direktivet. Om denna fråga besvaras jakande ska det undersökas huruvida den nationella bestämmelsen uteslutande omfattar sådana situationer som bedöms som otillbörliga i den mening som avses i artikel 5.2.

Frågan huruvida affärsmetoden sannolikt kommer att innebära en avgörande snedvridning av genomsnittskonsumentens beteende

Överensstämmelse i fråga om de rättsliga kraven

95. Vad gäller innehållet föreligger det i vart fall långtgående överensstämmelse mellan den omtvistade bestämmelsen och kraven i direktiv 2005/29 avseende villkoret i artikel 5.2 b, eftersom det även enligt de österrikiska domstolarnas restriktiva tolkning krävs att utannonserandet, erbjudandet eller beviljandet av dessa förmåner ska vara ”objektivt ägnat att påverka de berörda konsumenternas agerande” för att det ska anses föreligga ett otillbörligt förmånserbjudande i den mening som avses i 9a § första stycket UWG. Den hänskjutande domstolen hänvisar för övrigt själv till möjligheten att omtolka detta krav som har utvecklats i österrikisk rättspraxis i enlighet med artikel 5.2 b. [72] Mot detta finns det inte något att invända i den mån det i princip identiska nationella kravet har samma grundläggande innebörd som i gemenskapsrätten.

Överensstämmelse i fråga om tillämpningsområdet

96. Med uttrycket ”att avsevärt snedvrida konsumentens ekonomiska beteende” i den mening som avses i artikel 2 e avses enligt legaldefinitionen i denna artikel ”att använda en affärsmetod i syfte att i märkbar mån försämra konsumentens förmåga att fatta ett välgrundat beslut och därmed få konsumenten

71 — Se, för ett liknande resonemang, Abbamonte, G. (ovan fotnot 57), s. 21, Massaguer, J., *El nuevo derecho contra la competencia desleal – La Directiva 2005/29/CE sobre las Prácticas Comerciales Desleales*, Cizur Menor, 2006, s. 58, och Maione, N., ”Le pratiche commerciali sleali nella direttiva 2005/29/CE”, *Lezioni di diritto privato europeo*, 2007, s. 1068.

72 — Se s. 10 i beslutet om att begära förhandsavgörande.

att fatta ett annat affärsbeslut än vad som annars skulle ha varit fallet". Denna bestämmelse avser att skydda konsumentens frihet att fatta beslut. [73]

97. Även om den hänskjutande domstolen i sin tolkningsfråga allmänt söker klarhet i huruvida 9a § första stycket punkt 1 UWG är förenlig med direktivet, är det inte avgörande för utgången i målet vid den nationella domstolen huruvida detta gäller samtliga situationer som omfattas av nämnda bestämmelse (tidskrifter och premier), utan endast vad avser kombinationen av tidskrifter och pristävlingar. Även parterna hänvisar i sina yttranden i första hand till denna mycket speciella form av kombinationserbjudanden som inte kan anses oproblematisk ur ett konsumentskyddsperspektiv. Mot denna bakgrund är det i det följande endast nödvändigt att närmare betrakta vilka konsekvenser sådana konkreta affärsmetoder har på konsumenternas beteende.

73 — Men inte konsumentens ekonomiska intresse. Enligt Abbamonte, G. (ovan fotnot 57), s. 23, är utgångspunkten i bestämmelsen att otillbörliga affärsmetoder i allmänhet snedvrider konsumentens preferenser genom att påverka deras frihet och möjlighet att fatta beslut. Konsumenter köper följaktligen varor som de inte behöver eller som de i annat fall hade ansett vara av sämre kvalitet om de inte hade påverkats. Enligt artikel 5.2 b i direktiv 2005/29 krävs emellertid inte att konsumenten har lidit ekonomisk skada. Författaren anser att ett sådant krav inte skulle ha varit lämpligt, eftersom det skulle ha inneburit en väsentlig sänkning av konsumentskyddsnivån inom Europeiska unionen.

98. Den österrikiska regeringen anser att det ovannämnda kravet är uppfyllt vad gäller kombinationen av varor och pristävlingar. [74] Nämnda regering har angett att konsumenten, särskilt avseende tidskrifter som säljs till ett förhållandevis lågt styckpris, som i målet vid den nationella domstolen, på grund av vinstchanserna fattar beslutet att förvärva den huvudsakliga varan på grundval av osakliga överväganden. I synnerhet inom mediesektorn kan möjligheten att kostnadsfritt delta i en pristävling med chans att vinna en oproportionellt stor vinst avsevärt påverka konsumenternas köpbeteende.

99. Jag delar den österrikiska regeringens ståndpunkt att användningen av lotterier i reklambranschen kan väcka ett spelbegär hos människor. Som jag redan har visat i mitt förslag till avgörande i målet Plus, [75] har sådana spel inte minst på grund av löften om ibland mycket höga vinster en viss dragningskraft på människor. Användningen av lotterier kan fånga potentiella kunders uppmärksamhet och inom ramen för den marknadsföringsstrategi som valts, styra dem mot vissa mål.

74 — Se punkt 51, s. 20, i den österrikiska regeringens yttrande.

75 — Ovan fotnot 20, punkt 93.

Argumentet att en sådan affärsmetod innehåller manipulativa element och därigenom eventuellt kan utgöra ett åsidosättande av god yrkessed kan därför inte avfärdas.

100. Det är emellertid oklart huruvida ett sådant allmänt synsätt utan vidare är förenligt med gemenskapsrättens krav, eftersom det, såsom framgått av ovanstående, enligt direktiv 2005/29 dels krävs att de nationella domstolarna och myndigheterna gör en omfattande bedömning av omständigheterna i det enskilda fallet för att kunna fastställa konkreta otillbörliga affärsmetoder, [76] dels att man ska utgå från genomsnittskonsumentens, respektive den genomsnittliga gruppmedlemmen i en viss konsumentgrupps, uppfattning.

101. Såsom framgår av skäl 18, motsvarar begreppet genomsnittskonsument som används i direktiv 2005/29 den konsumentnorm som har utvecklats i domstolens rättspraxis, [77] där en konsument ”är normalt informerad samt skäligen uppmärksam och upplyst”, med beaktande av ”sociala, kulturella och språkliga faktorer”. I sista meningen i skäl 18 har begreppet genomsnittskonsument utvecklats närmare, samtidigt som det har understrukits att det ”inte [är] ett statistiskt begrepp”. Dessutom krävs det att ”de nationella domstolarna och myndigheterna måste använda sitt eget omdöme, med beaktande av domstolens rättspraxis, när de fastställer genomsnittskonsumentens typiska reaktion i ett givet fall”.

102. Den metod som domstolen har utvecklat för att undersöka en marknadsföringsåtgärds effekt på genomsnittskonsumenten baseras på proportionalitetsprincipen. Denna metod syftar till att åstadkomma en korrekt balans mellan det eftersträvade konsumentskyddet och nödvändigheten av att främja den fria rörligheten för varor på en inre marknad som präglas av fri konkurrens. Genom direktiv 2005/29 har gemenskapslagstiftaren numera kodifierat denna metod, varvid denne,

76 — Se punkterna 76–78 i förevarande förslag till avgörande.

77 — Vad gäller konsumentnormen i domstolens rättspraxis, se dom av den 16 januari 1992 i mål C-373/90, X (REG 1992, s. I-131), punkterna 15 och 16, av den 16 juli 1998 i mål C-210/96, Gut Springenheide och Tusky (REG 1998, s. I-4657), punkt 31, av den 4 maj 1999 i de förenade målen C-108/97 och C-109/97, Windsurfing Chiemsee (REG 1999, s. I-2779), punkt 29, av den 13 januari 2000 i mål C-220/98, Estée Lauder (REG 2000, s. I-117), punkt 27, av den 21 juni 2001 i mål C-30/99, kommissionen mot Irland (REG 2001, s. I-4619), punkt 32, av den 24 oktober 2002 i mål C-99/01, Linhart och Biffl (REG 2002, s. I-9375), punkt 31, av den 8 april 2003 i mål C-44/01, Pippig Augenoptik (REG 2003, s. I-3095), punkt 55, av den 12 februari 2004 i mål C-363/99, Koninklijke KPN Nederland (REG 2004, s. I-1619), punkt 77, och i mål C-218/01, Henkel (REG 2004, s. I-1725), punkt 50, av den 9 mars 2006 i mål C-421/04, Matratzen Concord (REG 2006, s. I-2303), punkt 24, och av den 19 september 2006 i mål C-356/04, Lidl Belgium (REG 2006, s. I-8501), punkt 78.

i enlighet med domstolens rättspraxis, har överlåtit denna undersökning på de nationella domstolarna och myndigheterna. Därigenom ska risken för olika bedömning av likadana affärsmetoder i olika medlemsstater motverkas till förmån för en högre grad av rättssäkerhet för konsumenter och konkurrenter. [78]

103. Utgångspunkten i direktivet är att man vid en bedömning ska utgå från en ”normalt informerad samt skäligen uppmärksam och upplyst genomsnittskonsument”, vilket i rättslig hänseende ska tolkas så, att det, för att säkerställa ett proportionerligt förhållande mellan de båda målen, ska ställas lika höga krav på att rekvisiten i artikel 5.2 b är uppfyllda. Följaktligen får inte varje affärsmetod anses uppfylla dessa krav enbart för att den i sig är ägnad att påverka beslutet att förvärva varan. Ur ett gemenskapsrättsligt perspektiv förväntas konsumenten snarare förstå att vissa affärsmetoder medför en potentiell risk och förväntas handla rationellt i motsvarande mån. [79] Detta är konsekvent om man inte anser att varje form av reklam är otillbörlig och därmed skulle förbjudas som visserligen kan vara provokativ, men som generellt kan anses oskadlig. [80]

104. Som Österreich enligt min mening med rätta har påpekat, [81] är en genomsnittskonsument nuförtiden normalt medveten om att i en fri marknadsekonomi strävar företagen inte enbart efter att vinna kunder genom varans pris och kvalitet i sin reklam och marknadsföring, utan att de även lovar en mängd extra fördelar. Dessa fördelar kan vara av känslomässig karaktär, exempelvis reklam som spelar på känslor av frihet och självständighet eller tillhörigheten till en viss social grupp, eller till extra fördelar som mycket väl kan innebära ekonomisk vinning, som förmåner. Följaktligen ska en motsvarande normalt informerad samt skäligen uppmärksam och

78 — Abbamonte, G. (ovan fotnot 57), s. 25, hänvisar till att gemenskapslagstiftaren genom direktiv 2005/29 numera har kodifierat denna metod som inte tillämpades av domstolarna i vissa medlemsstater. Författaren anser att risken för olika bedömningar av likadana affärsmetoder därigenom minskas och att rättssäkerheten ökas. Se, för ett liknande resonemang, även Wiebe, A. (ovan fotnot 38), s. 75, och 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, s. 311. Weatherill, S. (ovan fotnot 58), s. 135, har påpekat att kopplingen till genomsnittskonsumenten visserligen kan verka konstlad, men att denna koppling emellertid är oumbärlig för ett fungerande, harmoniserat regelsystem.

79 — Lecheler, H., ”Verbraucherschutz”, i *Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts* (utgiven av Manfred Dauses), band 2, München, 2004, H.V, punkt 27, s. 11, tolkar domstolens rättspraxis (ovan fotnot 77) så, att domstolen utgår från en konsument som i princip handlar rimligt och uppmärksamt, som kan orientera sig och är i stånd att bestämma själv.

80 — Maione, N. (ovan fotnot 71), s. 1068, hänvisar till att det inte har varit gemenskapslagstiftarens avsikt att förbjuda samtliga affärsmetoder som påverkar konsumentens köpbeteende, utan enbart sådana metoder som strider mot god yrkessed genom att begränsa konsumentens valfrihet.

81 — Se s. 10 i Österreichs skriftliga yttrande.

upplyst konsument förbehållas rätten att, inom gemenskapsrättens ram, besluta huruvida denne förvärvar produkten på grund av de utlovade fördelarna, dess kvalitet eller rentav dess låga pris. [82]

hur konsumenterna ska handla. [83] Samtidigt skulle detta oproportionerligt begränsa den fria rörligheten för varor och tjänster. Ett sådant förbud skulle nämligen gå utöver vad som krävs för att ta hänsyn till såväl konsumenternas intressen som den fria rörligheten för varor och tjänster.

Resultat i denna del

105. Genom varje lagreglerat principiellt förbud presumeras det att varje form av koppling mellan en vara och en pristävling är skadlig och följaktligen ska förbjudas, oberoende av vilken risk förbudet faktiskt medför samt vilka egenskaper som är utmärkande för den berörda grupp till vilken det riktar sig, vilket inte är förenligt med den gemenskapsrättsliga konsumentnormen. Ett sådant förbud måste i slutändan uppfattas som att det föreskrivs

106. Sammantaget ska det fastställas att förbudet mot kombinationserbjudanden i 9a § första stycket punkt 1 UWG i dess restriktiva tolkning enligt österrikisk rättspraxis vilar på en avvägning från lagstiftaren som inte motsvarar kraven i direktiv 2005/29.

107. Fastän denna slutsats redan är tillräcklig för att den första tolkningsfrågan ska kunna besvaras jakande, ska jag nedan, som genmäle till den hänskjutande domstolens och den österrikiska regeringens resonemang,

82 — Se, för ett liknande resonemang, även Kucsko, G. (ovan fotnot 39), s. 709, där denne betvivlar att de argument på vilka 1929 års lag om premier (till vilken förbudet mot förmånserbjudanden i 9a § första stycket punkt 1 UWG kan hänföras) enligt förarbetena grundas kan tillmätas någon avgörande vikt i dag. Även reklamvärlden har ändrat sig betydligt under de senaste årtiondena. Konsumenterna utsätts i mycket högre grad för reklam, som inte alltid är saklig, och är vana vid detta. Många bestämda märkens ”image” förknippas med associationer som inte längre har något att göra med de egentliga produktegenskaperna. Å andra sidan har konsumenternas kritiska bedömningsförmåga även helt allmänt förstärkts genom den löpande publiceringen av objektiva jämförande tester, genom kontrollmärkning, genom kritiska konsumenttidskrifter eller dylikt och detta inte bara vad avser de berörda testprodukterna. Konsumenter är i dag följaktligen mer kapabla att själva bedöma huruvida de ska låta locka sig av osakliga erbjudanden, eller om priset för den huvudsakliga varan är för högt. Vid ett förmånserbjudande erhåller konsumenten för övrigt en reell vara eller tjänst och inte en immateriell ”image”. Förmyndarargumentet att konsumenten ska skyddas är följaktligen inte längre övertygande.

83 — Heidinger, R. (ovan fotnot 17), s. 46, och Wittmann, H., ”EuGH: Zugabenverbot vor dem Fall?”, *Medien und Recht*, nr 6/2008, s. 284, behandlar de tvivel som den hänskjutande domstolen ger uttryck för i beslutet om att begära förhandsavgörande. Författarna hänvisar till att förebilden av den myndiga konsumenten som ligger till grund för artikel 5.2 i direktiv 2005/29 talar emot att den aktuella affärsmetoden i målet vid den nationella domstolen ska anses otillbörlig. Ett sådant vidsträckt konsumentskydd strider mot den nutida bilden av den myndiga konsumenten som i princip ska vara fri att fatta sina ekonomiska beslut på osakliga grunder.

övergripande pröva huruvida den omtvistade bestämmelsen är förenlig med de ytterligare krav som ställs i artikel 5.2 i direktivet.

Åsidosättande av god yrkessed

Överensstämmelse avseende de rättsliga kraven

108. En uppenbar skillnad som framgår vid en jämförelse med kraven i direktivet är att den omtvistade bestämmelsen även vid en restriktiv tolkning helt saknar en motsvarighet till det centrala kravet på ett åsidosättande av god yrkessed som föreskrivs i artikel 5.2 a i direktivet.

109. Den österrikiska regeringen har i detta sammanhang anfört att den omtvistade bestämmelsen i själva verket underförstått innefattar ett krav på god yrkessed, eftersom nämnda bestämmelse syftar till att motverka risken att konsumenternas spelberoende utnyttjas i konkurrenshänseende. Det ankommer på domstolarna att, beroende på de yrkestypiska kraven, pröva från fall till fall huruvida kravet på god yrkessed är uppfyllt. [84] Detta argument ska förstås så, att även detta krav har införlivats genom den omtvistade nationella bestämmelsen, även om detta uppnås i form av en korrigerande tolkning genom den behöriga domstolen.

110. Detta yttrande avseende den nationella rätten förmår emellertid inte övertyga, eftersom den hänskjutande domstolen i detta hänseende uttryckligen hänvisar till att de österrikiska domstolarna, till skillnad från vid det ovannämnda kravet på en avsevärd snedvridning av konsumentens beteende, [85] inte är behöriga att pröva huruvida det även är otillbörligt med en utannonsering, ett erbjudande eller ett beviljande av en förmån som strider mot kravet på god yrkessed. [86] Den hänskjutande domstolen anser därför att det är oklart huruvida ett generellt förbud mot förmånserbjudanden i dess aktuella lydelse är förenligt med direktiv 2005/29.

Resultat i denna del

111. Den hänskjutande domstolens uttalanden bekräftar således min uppfattning, att de krav som uppställs i artikel 5.2 a i direktivet inte heller är uppfyllda vad gäller förbudet

84 — Se punkt 47, s. 19, i den österrikiska regeringens skriftliga yttrande.

85 — Se ovan punkt 95.

86 — Se s. 10 i beslutet om att begära förhandsavgörande.

mot kombinationserbjudanden i 9a § första stycket punkt 1 UWG. Jag kan följaktligen inte slå fast att det föreligger överensstämmelse mellan den omtvistade bestämmelsen och de rättsliga kraven i artikel 5.2 a. Det har inte heller visats att det ställs andra krav på otillbörliga affärsmetoder i österrikisk rätt som motsvarar de rättsliga kraven i artikel 5.2 a.

112. Detta är tillräckligt för att dra slutsatsen att den omtvistade bestämmelsen är oförenlig med artikel 5.2 i direktivet och mot denna bakgrund anser jag att det är överflödigt med ytterligare prövning av denna bestämmelse i direktivet.

c) Resultat

113. En sådan nationell bestämmelse som 9a § första stycket punkt 1 UWG, enligt den tolkning som beskrivits ovan, i vilken det uppställes ett principiellt förbud mot kombinationserbjudanden, utan att ge möjlighet att tillräckligt kunna beakta omständigheterna i varje enskilt fall, är mer inskränkande och mer föreskrivande än bestämmelserna i direktiv 2005/29.

114. I detta sammanhang ska det konstateras att 9a § första stycket punkt 1 UWG avser ett område som omfattas av en fullständig harmonisering och för vilket övergångsbestämmelserna i artikel 3.5 i direktiv 2005/29 inte gäller. Det har inte heller hävdats av parterna att den omtvistade nationella bestämmelsen ska hänföras till ett av de områden som räknas upp i skäl 9.[87] Undantagsbestämmelsen i artikel 3.9 i direktiv 2005/29 är inte heller tillämplig.

115. Det principiella förbudet mot kombinationserbjudanden i 9a § första stycket punkt 1 UWG, enligt den tolkning som beskrivits ovan, innebär i praktiken att förteckningen över förbjudna affärsmetoder i bilaga I till direktivet utvidgas, vilket medlemsstaterna emellertid inte får göra, eftersom direktiv

87 — Som Schuhmacher, W. (ovan fotnot 21), s. 131, med rätta har påpekat anges vissa gränser för den maximala harmoniseringen i skäl 9 i direktiv 2005/29. Samtidigt har ingen av parterna uttryckligen gjort gällande att dessa gränser är tillämpliga i målet vid den nationella domstolen. Vid en objektiv bedömning verkar detta inte heller vara fallet.

2005/29 innebär en fullständig harmonisering. [88] Medlemsstaterna får inte heller göra ensidiga utvidgningar av förteckningen mot bakgrund av att den enligt artikel 5.5 endast får ändras genom en översyn av detta direktiv, det vill säga i enlighet med det medbeslutandeförfarande som föreskrivs i artikel 251 EG.

116. Av ovanstående resonemang sluter jag mig till att en sådan nationell bestämmelse som den i 9a § första stycket punkt 1 UWG, trots en restriktiv tolkning, inte är förenlig med kraven i direktiv 2005/29.

Tillbakadragandet av kommissionsförslaget till en förordning om säljfrämjande åtgärder på den inre marknaden

117. Den österrikiska regeringen baserar en del av sin argumentation på det återkallade kommissionsförslaget till en förordning om säljfrämjande åtgärder på den inre marknaden. [89] Detta förslag innehöll bland annat bestämmelser avseende enkla förmånserbjudanden, kombinationserbjudanden samt möjligheten att delta i säljfrämjande tävlingar och säljfrämjande spel. Den österrikiska regeringen anser att man av den omständigheten att detta förslag återkallades kan dra slutsatsen att det område som skulle ha omfattats av förordningen om säljfrämjande åtgärder även i fortsättningen ska vara oreglerat och inte omfattas av direktiv 2005/29.

118. Jag har redan utförligt behandlat frågan om vilka konsekvenser återkallandet har för den rättsliga behandlingen av kombinationserbjudanden i mina förslag till avgöranden i de förenade målen VTB-VAB och Galatea [90] och i målet Plus [91]. Detta föranleddes av en i huvudsak identisk argumentation från den belgiska och den tyska regeringen i dessa mål. I dessa förslag har jag uppgett varför varken kommissionsförslaget till en förordning om säljfrämjande åtgärder på den inre marknaden eller de ändringsförslag som gjorts inom ramen för lagstiftningsförfarandet enligt min mening kan ligga till grund för slutsatser om tolkningen av direktiv 2005/29.

88 — Abbamonte, G. (ovan fotnot 57), s. 21, har påpekat att medlemsstaterna själva inte får utvidga den uttömmande förteckning över förbjudna affärsmetoder i bilaga I till direktiv 2005/29. Om de kunde göra detta skulle detta medföra att den fullständiga harmonisering som direktivet åsyftar kringgås, vilket skulle omintetgöra syftet att skapa rättssäkerhet. Keirsbilck, B. (ovan fotnot 14), s. 522, betecknar förteckningen i bilaga I över förbjudna affärsmetoder som uttömmande.

89 — Kommissionens förslag till Europaparlamentets och rådets förordning om säljfrämjande åtgärder på den inre marknaden av den 15 januari 2002, KOM(2001)0546.

90 — Ovan fotnot 15, punkterna 90–94.

91 — Ovan fotnot 20, punkterna 106–111.

119. Ovannämnda förslag avser nämligen gemenskapsbestämmelser som aldrig trädde i kraft och därför aldrig blev del av gemenskapsrätten. Följaktligen kan detta förslag inte utan vidare åberopas som tolkningsstöd. Detta gäller i synnerhet när kommissionen på eget initiativ drar tillbaka ett förslag, vilken var fallet med nämnda kommissionsförslag. Jag vill erinra om att endast kommissionen har initiativrätt och därför har möjlighet att dra tillbaka sina förslag. Dessutom kan förslagen inom ramen för lagstiftningsförfarandet bli föremål för många ändringar av rådet och parlamentet, med följd att de endast kan användas som tolkningshjälp med försiktighet. [92] Följaktligen kan man enbart spekulera om den slutgiltiga versionen av en sådan förordning. Mot denna bakgrund är ett sådant förslag inte ägnat att ge upphov till några berättigade förväntningar.

120. En medlemsstat kan därför inte med framgång hävda att den hade berättigade förväntningar när den till stor del deltog i båda lagstiftningsförfarandena. Lagstiftningsförfarandet avseende förordningen respektive direktiv 2005/29 pågick delvis samtidigt. Den österrikiska regeringen deltog, i egenskap av konstitutionell företrädare för en medlemsstat som representeras i rådet, i de båda lagstiftningsförfarandena och var därför hela tiden informerad om deras förlopp. Den kan därför inte med rättslig verkan åberopa att den inte hade kännedom om förloppen i de båda lagstiftningsförfarandena.

121. Domstolen har understrukit det särskilda ansvar som medlemsstaternas regeringar, vilka representeras i rådet, har vid införlivandet av direktiv. Domstolen har följaktligen av den omständigheten att dessa deltar i det förberedande arbetet inför ett direktiv dragit slutsatsen att de måste kunna utarbeta de nödvändiga lagtexterna inom den frist som fastställts för genomförandet. [93]

122. Senast vid tidpunkten för återkallandet av kommissionsförslaget [94] borde den österrikiska regeringen därför eventuellt ha prövat

92 — Se punkt 83 i mitt förslag till avgörande av den 29 oktober 2009 i det anhängiga målet C-484/08, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid. Se, för ett liknande resonemang, Riesenhuber, K., "Die Auslegung" i *Europäische Methodenlehre*, Berlin, 2006, s. 257, punkt 31. Författaren förklarar att den historiska tolkningen av bakgrund och tillkomst har central betydelse i europeisk privaträtt. Vid tolkningen av det syfte som lagstiftaren har velat uppnå måste först avgöras vems vilja som gäller. Demokratiskt legitimerade som lagstiftare är endast de lagstiftningsorgan vars godkännande krävs för rättsakten i det konkreta fallet. Vissa organ är däremot sådana som endast ska höras. Kommissionen har endast en initiativrätt och en möjlighet att dra tillbaka sina förslag; dess förslag kan ändras när som helst under lagstiftningsförfarandet. I den mån kommissionens förslag eller önskemål inte godtas kan (dock inte nödvändigtvis) slutsatser dras *e contrario*.

93 — Dom av den 1 mars 1983 i mål 301/81, kommissionen mot Belgien (REG 1983, s. 467; svensk specialutgåva, volym 7, s. 39), punkt 11, och av den 23 november 2000 i mål C-319/99, kommissionen mot Frankrike (REG 2000, s. I-10439), punkt 10.

94 — Kommissionens beslut att dra tillbaka sitt förslag till förordningen offentliggjordes i EGT C 64, 2006, s. 3. Kommissionen hade emellertid redan kungjort detta beslut i sitt meddelande "Resultat av granskningen av aktuella lagförslag", KOM(2005)0462, s. 10, av den 27 september 2005.

om det materiella tillämpningsområdet för direktiv 2005/29 även omfattade det område som det planerade direktivet hittills hade täckt. Det ligger nära till hands att bedöma att ett sådant tillvägagångssätt är nödvändigt, särskilt som syftet med direktiv 2005/29 i enlighet med dess ursprungliga tanke var att införa allmänna subsidiära bestämmelser inom gemenskapens lagstiftning på konsumentskyddsområdet och att uppnå en fullständig harmonisering av medlemsstaternas bestämmelser om otillbörliga affärsmetoder. [95] Eftersom återkallandet skedde vid en tidpunkt då fristen för att införliva direktivet fortfarande löpte var den österrikiska lagstiftaren skyldig att ta hänsyn till detta då den nationella lagstiftningen anpassades.

123. Slutligen ska det påpekas att domstolen i domen i de förenade målen VTB-VAB och Galatea inte godtog de i princip identiska argument som den belgiska regeringen gjorde gällande, varigenom domstolen underförstått lät förstå att den inte delade denna uppfattning. Detta bekräftades senare i domen i målet Plus. [96]

95 — Se även Stuyck, J. (ovan fotnot 18), s. 161, som förmodar att vissa medlemsstater uppenbarligen inte var på det klara med att bestämmelserna i det förslag till förordning som hade dragits tillbaka och som avsåg förhållandet mellan näringsidkare och konsumenter återupplivades i direktiv 2005/29 (med hänsyn till dess målsättning att åstadkomma en fullständig harmonisering).

96 — Domen i målet Plus (ovan fotnot 5), punkt 33.

124. Talan kan följaktligen inte vinna bifall med stöd av detta argument.

5. Slutsatser

125. Sammanfattningsvis kan det konstateras att det som i första hand talar emot att den omtvistade nationella bestämmelsen är förenlig med kraven i direktiv 2005/29 är att strukturen i nämnda bestämmelse, vilken är utformad som ett principiellt förbud, inte gör det möjligt att i samma omfattning som i direktivet från fall till fall bedöma huruvida en konkret affärsmetod är otillbörlig. [97]

126. Vidare ska det slås fast att den omtvistade nationella bestämmelsen, även i dess restriktiva tolkning enligt österrikisk rättspraxis, inte kan anses utgöra ett korrekt införlivande av bestämmelserna i artikel 5.2, 5.4 och 5.5 i direktivet. Detta beror antingen på att de rättsliga kraven i nationell rätt inte motsvarar direktivets krav vad gäller att klassificera en affärsmetod som otillbörlig eller att de inte kan tolkas i överensstämmelse med direktivet.

97 — Se punkterna 76–79 i förevarande förslag till avgörande.

127. Eftersom direktiv 2005/29 utgör hinder mot ett förbud mot kombinationserbjudanden som det i 9a § första stycket punkt 1 UWG, är det inte nödvändigt att behandla ett eventuellt åsidosättande av de grundläggande friheterna. [98]

128. Mot bakgrund av detta ska den första tolkningsfrågan besvaras så, att bestämmelserna i direktiv 2005/29 utgör hinder mot en nationell lagstiftning, enligt vilken det, med ett begränsat antal undantag, är förbjudet att utannonsera, erbjuda eller bevilja vederlagsfria förmåner i anslutning till tidskrifter samt att utannonsera vederlagsfria förmåner i anslutning till andra varor eller tjänster – utan att det är nödvändigt att pröva om denna affärsmetod i enskilda fall är vilseledande, aggressiv eller i övrigt otillbörlig – även när denna bestämmelse inte enbart har som syfte att skydda konsumenter utan även andra syften som inte omfattas av direktivets materiella tillämpningsområde, däribland exempelvis upprätthållandet av mediemångfalden eller skyddandet av svagare konkurrenter.

129. Slutligen ska det i detta sammanhang påpekas att det enligt gemenskapsrätten, till skillnad från vad den hänskjutande domstolen verkar utgå från, [99] i enlighet med domstolens rättspraxis [100] inte krävs att nationella domstolar underlåter att tillämpa nationell rätt som är oförenlig med ett direktiv vid en tvist mellan privatpersoner.

C — *Den andra tolkningsfrågan*

130. Den andra tolkningsfrågan syftar främst till att domstolen ska fastställa huruvida en bestämd affärsmetod, under vissa förhållanden som den hänskjutande domstolen uppenbart anser föreligga, kan anses ”otillbörlig” i den mening som avses i artikel 5.2 i direktiv 2005/29. Konkret utgår den hänskjutande domstolen i sitt resonemang från premissen att ”en möjlighet att delta i en pristävling, som är knuten till köpet av en tidning åtminstone för en del av omsättningskretsen, visserligen inte är den enda, men likväl den avgörande anledningen till att köpa tidningen”. Detta kännetecken är i första hand relevant för att

98 — Se domen i de förenade målen VTB-VAB och Galatea (ovan fotnot 4), punkt 67.

99 — Se punkt 2.2 på s. 13 i beslutet om att begära förhandsavgörande. Här utgår den hänskjutande domstolen enligt egen utsago från att 9a § första stycket punkt 1 UWG saknar relevans om domstolen besvarar den första tolkningsfrågan jakande.

100 — Vad gäller horisontell direkt effekt av direktiv, se domen i målet Marleasing (ovan fotnot 64), punkt 6, domen i målet Faccini Dori (ovan fotnot 64), punkterna 24 och 25, och dom av den 26 september 2000 i mål C-443/93, Unilever Italia (REG 2000, s. I-7535), punkt 50. Avseende möjligheten med ett gemenskapsrättsligt skadeståndsansvar för en medlemsstat när nationella bestämmelser inte kan tolkas på ett sätt som är förenligt med direktivet, se dom av den 8 oktober 1996 i de förenade målen C-178/94, C-179/94 och C-188/94–C-190/94, Dillenkofer m.fl. (REG 1996, s. I-4845), av den 24 september 1998 i mål C-111/97, EvoBus Austria (REG 1998, s. I-5411), punkterna 27 och 28, och av den 28 oktober 1999 i mål C-81/98, Alcatel Austria (REG 1999, s. I-7671), punkterna 49 och 50.

kunna avgöra frågan huruvida det föreligger en avsevärd snedvridning av genomsnittskonsumentens ekonomiska beteende i det konkreta fallet i enlighet med artikel 5.2 b i direktivet.

131. I artikel 5.2 b i direktivet klargörs att det i första hand är den effekt som en viss affärsmetod har på en genomsnittskonsuments beteende till vilken den riktar sig eller som nås av affärsmetoden som är avgörande. Gemenskapslagstiftaren har i detta hänseende inte enbart återgett den undersökningsmetod som domstolen har utvecklat i direktivbestämmelsen, utan har preciserat denna metod ytterligare genom att anpassa den till situationer som berör särskilda grupper. [101] I den mån en särskild affärsmetod vänder sig till en särskild konsumentgrupp är det avgörande huruvida denna metod innebär, eller sannolikt kommer att innebära, en avsevärd snedvridning av det ekonomiska beteendet hos en genomsnittlig medlem i denna grupp. Denna undersökning är kopplad till genomsnittskonsumentens perspektiv, varvid man bland annat ska beakta dennes förväntningar och sannolika reaktioner. [102]

132. Mot bakgrund av att den uppmaning att delta i pristävlingen som Österreich publicerade uppenbarligen publicerades i en allmän tidning och inte exempelvis i en sporttidning, ankommer det på den nationella domstolen att pröva i vilken mån detta erbjudande eventuellt riktade sig till en särskild grupp läsare, vilket skulle innebära att de andra prövningskriterierna ska tillämpas.

133. Det ska vidare erinras om att för att en affärsmetod ska anses otillbörlig i den mening som avses i artikel 5.2 måste de kumulativa villkoren i artikel 5.2 a och b vara uppfyllda. [103] I målet vid den nationella domstolen måste det dessutom följaktligen föreligga ett åsidosättande av god yrkessed. Begreppet god yrkessed definieras i artikel 2 h i direktivet som ”den nivå av fackmässighet och aktsamhet som en näringsidkare skäligen kan förväntas visa gentemot konsumenterna motsvarande hederlig marknadspraxis och/eller den allmänna principen om god tro i näringsidkarens bransch”. Det ankommer på den nationella domstolen att närmare pröva huruvida det föreligger ett sådant åsidosättande i det nationella målet.

134. Följaktligen ska den andra tolkningsfrågan besvaras så, att en möjlighet att delta i en pristävling, som är knuten till köpet av en tidning, inte ska betraktas som en otillbörlig affärsmetod i den mening som avses i artikel 5.2 i direktiv 2005/29 av den enda anledningen att denna möjlighet att delta, åtminstone för en del av omsättningskretsen, visserligen inte är den enda, men likväl den avgörande anledningen till att köpa tidningen.

101 — Se, för ett liknande resonemang, Abbamonte, G. (ovan fotnot 54), s. 25, som talar om en precisering av denna undersökningsmetod genom en anpassning när särskilda gruppers intressen är berörda.

102 — Abbamonte, G. (ovan fotnot. 54), s. 25, anger exempel för tillämpningen av denna bestämmelse. Om en affärsmetod vänder sig till en särskild konsumentgrupp, exempelvis barn eller raketteknik, så ska man utgå från ett perspektiv som är representativt för den genomsnittliga medlemmen i denna grupp. Om det är fråga om leksaksreklam i ett barnprogram ska man enligt författarens mening utgå från de förväntningar som ett genomsnittligt barn i denna målgrupp har och detta barns sannolika reaktioner och inte beakta ett ovanligt omoget barns förväntningar och reaktioner.

103 — Se ovan punkt 93.

VII — Förslag till avgörande

135. Mot bakgrund av det ovan anförda föreslår jag att domstolen besvarar de tolkningsfrågor som ställts av Oberster Gerichtshof på följande sätt:

1. Bestämmelserna i Europaparlamentets och rådets direktiv 2005/29/EG av den 11 maj 2005 om otillbörliga affärsmetoder som tillämpas av näringsidkare gentemot konsumenter på den inre marknaden och om ändring av rådets direktiv 84/450/EEG och Europaparlamentets och rådets direktiv 97/7/EG, 98/27/EG och 2002/65/EG samt Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 2006/2004 (direktiv om otillbörliga affärsmetoder) ska tolkas så att de utgör hinder mot en nationell lagstiftning, enligt vilken det med ett begränsat antal undantag är förbjudet att utannonsera, erbjuda eller bevilja vederlagsfria förmåner i anslutning till köp av tidskrifter samt att utannonsera vederlagsfria förmåner i anslutning till köp av andra varor eller tjänster – utan att det är nödvändigt att pröva om denna affärsmetod i enskilda fall är vilseledande, aggressiv eller i övrigt otillbörlig – även när denna bestämmelse inte enbart har som syfte att skydda konsumenter utan även andra syften som inte omfattas av direktivets materiella tillämpningsområde, däribland exempelvis upprätthållandet av mediemångfalden eller skyddandet av svagare konkurrenter.

2. En möjlighet att delta i en pristävling, som är knuten till köpet av en tidning, ska inte betraktas som en otillbörlig affärsmetod i den mening som avses i artikel 5.2 i direktiv 2005/29 av den enda anledningen att denna möjlighet att delta, åtminstone för en del av omsättningskretsen, visserligen inte är den enda, men likväl den avgörande anledningen till att köpa tidningen.