

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
SIEGBERT ALBER
fremsat den 8. april 2003¹

I — Indledning

II — Relevante retsregler

A — Rådets direktiv 84/450/EØF af 10. september 1984 om vildledende og sammenlignende reklame^{2 3}

2. Artikel 1

1. Den foreliggende anmodning om præjudiciel afgørelse vedrører foreneligheden af et nationalt reklameforbud med EF-traktatens bestemmelser om de frie varebevægelser og efter omstændighederne den frie udveksling af tjenesteydelser. I henhold til østrigsk ret er det forbudt i en reklame at henvise til, at varerne, der udbydes til salg, hidrører fra et konkursbo, når varerne på reklametidspunktet ikke længere er en del af konkursboet.

»Formålet med dette direktiv er at beskytte forbrugerne, personer, der udøver virksomhed som handlende, håndværkere eller industridrivende, eller som udøver et liberalt erhverv, samt offentligheden i almindelighed mod vildledende reklame og urimelige følger heraf og at fastsætte, på hvilke betingelser sammenlignende reklame anses for tilladt«⁴.

2 — Direktivets titel efter ændring ved Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 97/55/EF af 6.10.1997 om ændring af direktiv 84/450/EØF om vildledende reklame for at medtage sammenlignende reklame, EFT L 290, s. 18 (herefter »direktiv 97/55«).

3 — EFT L 250, s. 17.

4 — Direktivets ordlyd, som ændret ved direktiv 97/55/EF, EFT L 290, s. 18.

1 — Originalsprog: tysk.

3. Artikel 2, nr. 2

»I dette direktiv forstås ved:

[...]

- a) egenskaberne ved varerne eller tjenesteydelserne, såsom det omfang, i hvilket de står til rådighed, deres beskaffenhed, udførelse og sammensætning, måden og tidspunktet for fremstilling eller ydelse, deres hensigtsmæssighed, anvendelsesmuligheder, mængde, specifikationer, geografiske eller handelsmæssige oprindelse eller de resultater, som kan forventes opnået ved brugen, eller resultaterne af og de vigtigste karakteristika ved afprøvning eller kontrol af varerne eller tjenesteydelserne

2. Vildledende reklame: enhver reklame, som på nogen måde, herunder dens udformning, skaber eller er egnet til at skabe et urigtigt indtryk hos de personer, den er rettet til eller når ud til, og som på grund af sin vildledende karakter kan antages at påvirke deres økonomiske adfærd, eller som af disse grunde skader eller er egnet til at skade en konkurrent.

[...]«

5. Artikel 7

[...]«

»1. Dette direktiv er ikke til hinder for, at medlemsstaterne opretholder eller vedtager bestemmelser for vildledende reklame med henblik på at sikre en mere vidtgående beskyttelse af forbrugerne, af personer, der udøver virksomhed som handlende, håndværkere eller industridrivende, eller som udøver et liberalt erhverv, samt af offentligheden i almindelighed.⁵

4. Artikel 3

»Ved afgørelsen af, hvorvidt en reklame er vildledende, skal der tages hensyn til alle dens bestanddele, og især til oplysninger vedrørende:

[...]«

⁵ — Direktivets ordlyd, som ændret ved direktiv 97/55.

B — *Österreichisches Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb 1984 (østrigsk forbundslov om bekæmpelse af illoyal konkurrence, herefter »UWG«)*⁶

7. § 30, stk. 1

»Forbud mod ved salg af varer at henvise til den omstændighed, at varerne hidrører fra et konkursbo

6. § 2, stk. 1

»Vildledning

Når der i offentlige bekendtgørelser eller i meddelelser, der er rettet til en større personkreds, annonceres med salg af varer, der hidrører fra et konkursbo, men som ikke længere tilhører konkursboet, er enhver henvisning til den omstændighed, at varerne hidrører fra et konkursbo, forbudt.«

Den, der erhvervsmæssigt i konkurrenceøjemed giver vildledende oplysninger om forretningsmæssige forhold, navnlig om beskaffenhed, oprindelse, fremstillingsmåde eller prisberegningen for enkelte varer eller erhvervsmæssige ydelser eller det samlede udbud, om prislister, om erhvervelsesmåden eller leverandøren af varer, om opnåede udmærkelser, om årsagen til eller formålet med salget eller om lagres omfang, kan forbydes at anvende sådanne angivelser samt at betale skadeserstatning, såfremt vedkommende er eller burde være vidende om, at disse oplysninger kan vildlede forbrugeren.«

III — Faktiske omstændigheder

8. Parterne i hovedsagen driver virksomhed med køb og salg af løsøre, der hidrører fra konkursboer. Begge var interesseret i at sælge driftsløsøret fra et byggefirma, der var gået konkurs. Den 26. marts 2001 erhvervede sagsøgte i hovedsagen (herefter »Troostwijk«) med skifterettens tilladelse, maskiner, køretøjer og byggematerialer fra fallenten. Sagsøgte havde til hensigt at sætte de genstande, der var erhvervet fra konkursboet, til salg ved en auktion den

⁶ — BGBl. nr. 448/1984, senest ændret ved BGBl. I, nr. 136/2001.

14. maj 2001 og reklamerede for denne auktion på følgende måde:

9. Sagsøgte reklamerede såvel i et salgskatalog som i en annonce. Annoncen offentliggjordes ligeledes på webstedet www.troostwijkauctions.com.

»STOR AUKTION AF AKTIVER FRA KONKURSBO

maskiner, byggemateriale og vognparken fra konkursboet for firmaet [...]

10. På begæring af sagsøger i hovedsagen (herefter »Karner«) anordnede Handelsgericht Wien en foreløbig foranstaltning over for Troostwijk, som påbød:

»[...]

MANDAG DEN 14. MAJ 2001

fra kl. 10.00

- 1) at sagsøgte omgående, og indtil der er truffet en retskraftig afgørelse i [...] retstvist, undlader at konkurrere erhvervsmæssigt ved at annoncere i offentlige bekendtgørelser eller meddelelser, der er bestemt til en større personkreds, med salg af varer med henvisning til, at varerne hidrører fra et konkursbo, i det omfang varerne ikke længere er en del af konkursboet

TROOSTWIJK Gesellschaft m.b.H.

SYNS- OG SKØNSERKLÆRINGER —
AUKTIONER — REALISERING AF
AKTIVER [...]

- 2) at sagsøgte ved den offentlige auktion den 14. maj 2001 over for de mulige købere afgiver en erklæring, hvoraf det fremgår, at sagsøgte har erhvervet varerne fra kurator, og at auktionen

www.troostwijkauctions.com«

ikke finder sted ved kurators foranstaltning og i dennes navn, men for sagsøgtes egen regning, dvs., at der ikke er tale om auktion af et konkursbos aktiver.«

11. Oberlandesgericht Wien stadfæstede undladelsespåbuddet, som støttedes på § 30 i UWG, og gav ikke appellanten medhold i begæringen om fritagelse for at afgive erklæringen, da dette ikke tilsidesatte virksomhedens interesser. Troostwijk indgav herefter ekstraordinær revisionsanke til Oberster Gerichtshof.

12. Oberster Gerichtshof finder det tvivlsomt, hvorvidt undladelsesforbuddet i § 30, stk. 1, i UWG er foreneligt med artikel 28 EF. Retten har udtalt, at lovgiver ved fastsættelsen af bestemmelsen lagde til grund, »[...] at publikum køber varer, der bliver udbudt af kurator, i forventning om en gunstig købelejlighed, og at dette publikum imidlertid ikke, såfremt der annonceres med varer fra et konkursbo, sonder nærmere mellem, om salget foretages af kurator eller af en anden person, der har erhvervet varerne fra et konkursbo. Det skal [...] forhindres, at andre, der har købt varer, der hidrører fra et konkursbo, udnytter denne interesse hos publikum til egen fordel«.

13. Forbuddet gælder uafhængigt af, om der i det enkelte tilfælde faktisk foreligger en risiko for vildledning, eller om denne risiko som følge af relevante forklarende oplysninger er udelukket. Det gælder også, hvis der henvises til, at varen hidrører fra et konkursbo, selv om der i reklamen gøres opmærksom på, at annoncøren har erhvervet varerne fra kurator, og selv om der trods alt — dvs. på trods af annoncørens medregnede profitmargin — stadig foreligger en væsentlig prisforskel. Forbrugeren bliver derigennem nægtet adgang til også sande og nyttige oplysninger.

14. Derimod omfatter det generelle forbud mod vildledning i UWG's § 2 kun sådanne oplysninger, der faktisk kan være vildledende. UWG's § 2 har således et mere snævert anvendelsesområde end bestemmelsen i UWG's § 30, stk. 1, inden for dennes særlige anvendelsesområde.

15. Ifølge den forelæggende ret forekommer reklameforbuddet i UWG's § 30 at være egnet til at påvirke handelen på det indre marked. Hvis en erhvervsdrivende er forhindret i at gøre opmærksom på — i overensstemmelse med sandheden — at han tilbyder varer til en særlig lav pris, fordi han har erhvervet dem (endnu billigere) fra en kurator, bliver forbrugerne nægtet en sådan oplysning. Den, der har købt varer fra et konkursbo, skal i sine reklamer desuden

overholde eventuelle forskellige retsregler i de enkelte EF-medlemsstater. IV — Parternes argumenter

A — Formaliteten med hensyn til anmodningen om præjudiciel afgørelse

16. I forelæggelseskendelsen findes det tvivlsomt, om UWG's § 30 kan anses for at vedrøre bestemte former for salg i den betydning, som anvendes i retspraksis i henhold til Keck og Mithouard-dommen⁷, uden at dette dog uddybes nærmere.

17. Oberster Gerichtshof anser det ligeledes for at være tvivlsomt, om hensynet til forbrugerbeskyttelse kan begrunde forbuddet. Den anser bestemmelsen for uforholdsmæssig, eftersom den også forbyder udbredelse af nyttige og ikke-vildledende oplysninger. Som følge heraf har Oberster Gerichtshof forelagt Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

18. Karner har bestridt, at den præjudicielle forelæggelse kan antages til realitetsbehandling. De faktiske omstændigheder, der ligger til grund for sagen, udviser ikke noget grænseoverskridende element. UWG's § 30 vedrører reklame i Østrig. Det i hovedsagen omstridte undladelsspåbud vedrører reklame i Østrig for et efterfølgende salg af varer i Østrig, som hidrører fra et østrigsk konkursbo. Parterne i hovedsagen har begge hjemsted i Østrig.

19. Kun Troostwijk har beskæftiget sig med dette argument. Selskabet mener, at det grænseoverskridende element i den foreliggende sag følger af den kendsgerning, at annonceringen foregik via internettet.

»Skal artikel 28 EF fortolkes således, at den er til hinder for en national bestemmelse, der uafhængig af oplysningernes sandhedsindhold forbyder enhver henvisning til den omstændighed, at en vare hidrører fra et konkursbo, når der i offentlige bekendtgørelser eller i meddelelser, der er rettet til en større personkreds, annonceres med salg af varer, der hidrører fra et konkursbo, men som ikke længere tilhører konkursboet?«

B — Spørgsmålet, om der foreligger en hindring for de frie varebevægelser

20. Ifølge Troostwijk udgør UWG's § 30 en hindring for de frie varebevægelser. Bestemmelsen forbyder udbredelse af sand-

⁷ — Dom af 24.11.1993, forenede sager C-267/91 og C-268/91, Sml. I, s. 6097, præmis 16 f.

færdige oplysninger. For den potentielle køber er sådanne oplysninger imidlertid ikke blot interessante, men også af stor betydning for købsbeslutningen. Bestemmelsen udgør således en hindring for afsætningen af varen.

Oplysningen om et produkts oprindelse vedrører produktets egenskaber. Som følge heraf foreligger der ikke en bestemt form for salg i den betydning, som anvendes i retspraksis i henhold til Keck og Mithouard-dommen.

21. Det følger af annoncens offentliggørelse på internettet, at den i sagens natur ikke er begrænset til en enkelt medlemsstat. En tilsvarende bestemmelse som UWG's § 30 findes imidlertid kun i Tyskland, nemlig § 6 i den tyske lov om illoyal konkurrence (Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb). I andre medlemsstater, som f. eks. Belgien, Frankrig og Sverige, er en sådan form for reklame derimod tilladt. (Den svenske regering har modsagt dette under henvisning til § 9, litra i), i den svenske markedsføringslov, som angiveligt indeholder en tilsvarende bestemmelse.)

22. De forskellige retsregler i de enkelte medlemsstater medfører, at annonceringen for en vare, der hidrører fra et konkursbo, skal foretages på forskellig vis. Dette er forbundet med store omkostninger og er delvist også umuligt at gennemføre. Det er ikke muligt at foretage en differentiering på internettet, eftersom annoncering via dette medie ikke kan begrænses regionalt.

23. Troostwijk anser bestemmelsen i UWG's § 30 for at være produktrelateret.

24. Karner, den østrigske og den svenske regering samt Kommissionen mener derimod, at bestemmelsen i UWG's § 30 ikke har til formål at regulere varebevægelserne. Bestemmelsen vedrører derimod en bestemt form for salg, hvorfor artikel 28 EF ifølge disse parter ikke finder anvendelse herpå.

25. Forbuddet er ikke produktrelateret. Der stilles ingen krav til varens benævnelse, form, dimensioner, vægt, bestanddele, præsentationsform, mærkning eller emballage. Derimod er der tale om en salgsrelateret bestemmelse, som regulerer, hvorledes salget skal foregå. Reklame er den mest effektive metode til at fremme salget af en vare. Til støtte for denne opfattelse har disse parter henvist til Hünermund-dommen⁸, Leclerc-Siplec-dommen⁹, De Agostini-dommen¹⁰ og Gourmet International-dommen¹¹, i hvilke Domstolen har kvalificeret reklameforanstaltninger som en bestemt form for salg.

8 — Dom af 15.12.1993, sag C-292/92, Sml. I, s. 6787.

9 — Dom af 9.2.1995, sag C-412/95, Sml. I, s. 179.

10 — Dom af 9.7.1997, forenede sager C-34/95, C-35/95 og C-36/95, Sml. I, s. 3843.

11 — Dom af 8.3.2001, sag C-405/98, Sml. I, s. 1795.

26. Reklameforbuddet i UWG's § 30 rammer uden forskel såvel indenlandske som udenlandske varer og erhvervsdrivende. Det udgør ikke en hindring for udenlandske varers adgang til markedet, hvorfor de betingelser, som ifølge retspraksis skal være opfyldt, for at bestemmelser vedrørende en bestemt form for salg, er lovlige, er opfyldt.

Troostwijk har i den forbindelse henvist til dommen i sagen GB-Inno¹². I denne henseende er UWG's § 30 også i strid med direktiv 84/450.

27. Kommissionen har derudover henvist til, at kun fuldstændige forbud er i strid med fællesskabsretten, eftersom de fastlåser givne forbrugsvaner. UWG's § 30 begrænser imidlertid kun reklamen med hensyn til en helt konkret oplysning, nemlig at den vare, der reklameres for, stammer fra et konkursbo.

29. Hvis man i overensstemmelse med retspraksis lægger den formodede forventning hos en almindeligt oplyst, rimeligt opmærksom og velunderrettet gennemsnitsforbruger til grund, er det kun nødvendigt at beskytte forbrugeren mod oplysninger, der udgør en konkret risiko for vildledning. Denne beskyttelse ydes allerede i medfør af UWG's § 2. En bestemmelse som UWG's § 30, som har til formål at afværge en abstrakt risiko for vildledning, er derimod ikke nødvendig.

C — *Spørgsmålet, om begrænsningen kan begrundes i tvingende almene hensyn*

28. Troostwijk mener, at den begrænsning af de frie varebevægelser, der følger af UWG's § 30, ikke er begrundet. Bestemmelsen opfylder ikke betingelserne i artikel 7, stk. 1, i direktiv 84/450, eftersom den for så vidt angår udbredelsen af sandfærdige oplysninger ikke er nødvendig af tvingende hensyn til forbrugerbeskyttelse.

30. Afslutningsvis har Troostwijk også henvist til Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols praksis, ifølge hvilken artikel 10 i menneskerettighedskonventionen (herefter »EMRK«) også omfatter reklame¹³. Forbuddet mod udbredelse af sandfærdige oplysninger er ikke nødvendigt for at opretholde den demokratiske orden. Som følge deraf er forbuddet i UWG's § 30 ligeledes i strid med artikel 10 i EMRK og således også i strid med fællesskabsretten.

12 — Dom af 7.3.1990, sag 362/88, Sml. I, s. 667, præmis 18.

13 — Troostwijk nævner Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols dom af 20.11.1989, Markt Intern Verlag GmbH og Klaus Beermann mod Tyskland, serie A, nr. 165.

31. Karner samt den østrigske og den svenske regering mener derimod, at forbuddet i UWG's § 30 er begrundet i hensynet til forbrugerbeskyttelse og god handelsskik. Forbrugeren sonderer ikke mellem varer, der sælges af kurator selv, og varer, der sælges af tredjemand, som har erhvervet disse fra konkursboet. Oplysningen om, at varen hidrører fra et konkursbo, virker som lokkemad. Forbrugeren går i sådanne tilfælde fejlagtigt ud fra, at der er mulighed for at gøre en særlig god handel. Denne forventning bliver ikke indfriet, når varen fordyres som følge af mellemhandler-avancer. Forbuddet i UWG's § 30 har til formål at beskytte forbrugeren mod sådanne bristede forventninger.

33. Den svenske regering har tillige henvist til, at der normalt findes særlige bestemmelser for salg, som foretages af kurator, f. eks. med hensyn til realisering af aktiver fra et konkursbo inden for en bestemt frist. Disse bestemmelser gælder ikke for salg gennem tredjemand, der finder sted, efter at genstandene ikke længere tilhører konkursboet. At betegne et sådant videresalg som en »konkursauktion« eller et »konkursalg« eller lignende er derfor vildledende. Beskyttelsen er således ikke kun nødvendig ud fra hensynet til forbrugerbeskyttelse, men også for at beskytte god handelsskik.

34. Endelig mener Karner og den svenske regering ikke, at der findes nogen alternative foranstaltninger, som er lige så effektive og mindre restriktive. De anser derfor forbuddet for forholdsmæssigt.

V — Stillingtagen

32. Den østrigske regering mener desuden, at bestemmelsen er i overensstemmelse med artikel 7, stk. 1, i direktiv 84/450. Ved afgørelsen om, hvorvidt en reklame er vildledende, skal der i henhold til direktivets artikel 3 tages hensyn til alle dens bestanddele, og især til oplysninger vedrørende varens oprindelse. Eftersom direktivet kun sikrer en minimumsbeskyttelse, er der ved artikel 7 givet medlemsstaterne mulighed for at vedtage bestemmelser med henblik på at sikre en mere vidtgående forbrugerbeskyttelse.

A — Direktiv 84/450 om vildledende reklame

35. Med direktiv 84/450 har fællesskabslovgiver gennemført en indbyrdes tilnær-

melse af medlemsstaternes lovgivninger om vildledende reklame. Ifølge den forelæggendes rets oplysninger har den i sagen relevante § 30 i den østrigske UWG til formål at beskytte mod vildledende reklame. Spørgsmålet er således, om reklameforbuddet i UWG's § 30 er foreneligt med bestemmelserne i dette direktiv.

sidste betragtning og artikel 7, stk. 1, fastslår udtrykkeligt, at direktivet ikke er til hinder for, at medlemsstaterne oprettholder eller vedtager bestemmelser med henblik på at sikre en mere vidtgående beskyttelse af forbrugerne. Herunder hører også bekæmpelsen af abstrakte risici for vildledning. Direktiv 84/450 er således ikke til hinder for forbuddet i UWG's § 30.

36. Direktivet indeholder ingen udtrykkelige bestemmelser om reklame for auktionssalg af varer, der hidrører fra et konkursbo. Bestemmelsen i direktivets artikel 3, hvorefter der ved afgørelsen om, hvorvidt en reklame er vildledende, skal tages hensyn til alle dens bestanddele, og især til oplysninger vedrørende varens egenskaber, som f. eks. dennes oprindelse, er kun relevant i forbindelse med forbuddet i § 2 i den østrigske UWG, hvorefter det er nødvendigt at fastslå, at der foreligger en konkret risiko for vildledning. Bestemmelsen i UWG's § 30 er ikke omfattet af direktivets artikel 3, eftersom bestemmelsen har til formål at bekæmpe en abstrakt risiko for vildledning. Det er ikke nødvendigt at påvise, at der i det enkelte tilfælde foreligger en risiko for vildledning. Uafhængigt af reklamens konkrete udformning, og hvad enten den er vildledende eller ej, er oplysningen om, at varerne hidrører fra et konkursbo, ulovlig, når genstandene på tidspunktet for reklamens offentliggørelse ikke længere tilhører konkursboet. Bekæmpelsen af sådanne abstrakte risici er ikke genstand for den tilnærmelse af lovgivningerne, som er opnået med direktiv 84/450.

B — Foranstaltning med tilsvarende virkning som en indførselsrestriktion (artikel 28 EF)

38. Eftersom det omstridte forbud ikke er genstand for en fællesskabsretlig harmoniseringsforanstaltning, er der anledning til at behandle den forelæggende rets spørgsmål om, hvorvidt artikel 28 EF og artikel 30 EF skal fortolkes på en sådan måde, at de er til hinder for et sådant forbud, som UWG's § 30 foreskriver.

1. Formalitetsindsigelsen

37. Imidlertid forbyder direktivet heller ikke sådanne bestemmelser. Direktivets

39. Først skal Karners indsigelse om, at de faktiske omstændigheder i hovedsagen er af

ren national betydning og ikke vedrører samhandelen mellem medlemsstaterne, hvorfor den præjudicielle forelæggelse ikke kan antages til realitetsbehandling, undersøges.

forelæggelse kan derfor tages til realitetsbehandling.

2. Spørgsmålet, om der foreligger en begrænsning af de frie varebevægelser

40. Anvendelsen af østrigske retsregler på en i Østrig offentliggjort reklame fra et firma med hjemsted i Østrig vedrørende en auktion i Østrig over genstande hidrørende fra et østrigsk konkursbo vedrører først og fremmest faktiske omstændigheder af ren national karakter. Disse omstændigheder udelukker dog ikke, at den præjudicielle forelæggelse kan antages til realitetsbehandling. Sagen er hverken konstrueret eller hypotetisk i den betydning, som anvendes i Foglia-dommen¹⁴.

42. Artikel 28 EF forbyder kvantitative indførselsrestriktioner såvel som alle foranstaltninger med tilsvarende virkning mellem medlemsstaterne. Ifølge »Dassonville«-formlen skal enhver foranstaltning, som direkte eller indirekte, aktuelt eller potentielt, kan hindre samhandelen inden for Fællesskabet, anses for en foranstaltning med tilsvarende virkning som en kvantitativ restriktion¹⁵.

41. Det af Karner rejste spørgsmål drejer sig snarere om, hvorvidt artikel 28 EF finder anvendelse på sådanne faktiske omstændigheder, som er genstand for hovedsagen. Karner anser det for udelukket, at UWG's § 30 er uforenelig med traktatens bestemmelser om de frie varebevægelser, eftersom samhandelen mellem medlemsstaterne i den foreliggende sag ikke berøres. Afgrænsningen af anvendelsesområdet for artikel 28 EF er imidlertid et materielretligt spørgsmål. Den præjudicielle

43. Den i hovedsagen omstridte reklame er blevet offentliggjort på internettet. Dette har givet potentielle købere i andre medlemsstater mulighed for at få kendskab til auktionen og i givet fald mulighed for at erhverve varer på auktionen. Hvis en sådan reklame forbydes på grundlag af UWG's § 30, hindres samhandelen mellem medlemsstaterne i det mindste indirekte og potentielt, eftersom en sådan reklame bliver umulig. Spørgsmålet er, om dette er tilstrækkeligt til, at forbuddet i artikel 28 EF finder anvendelse, eller om dette problem ikke snarere skal løses ved hjælp af de midler, der findes i national forfatningsret.

14 — Dom af 16.12.1981, sag 244/80, Sml. s. 3045, præmis 18. Jf. også dom af 16.7.1992, sag C-83/91, Meilicke, Sml. I, s. 4871, præmis 25.

15 — Dom af 11.7.1974, sag 8/74, Dassonville, Sml. s. 837, præmis 5, og Keck og Mithouard-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 7, præmis 11.

44. Bag ved Karners argumentation om, at sagens faktiske omstændigheder er af ren national karakter, gemmer der sig et helt andet og langt vanskeligere spørgsmål: Har artikel 28 EF til formål at beskytte den frie udøvelse af erhvervsvirksomhed i de enkelte medlemsstater, eller har den blot til formål at liberalisere samhandelen mellem medlemsstaterne? Når alt kommer til alt, har Troostwijk formentlig ikke så meget til hensigt at udnytte potentielle afsætningsmuligheder i udlandet, men snarere at komme af med en plagsom reklamebegrænsning, der begrænser selskabets udøvelse af handelsvirksomhed i indlandet. Det er tvivlsomt, om artikel 28 EF fortsat finder anvendelse i dette tilfælde.

forhold til reglerne om de frie varebevægelser, skal det først undersøges, om bestemmelsen i UWG's § 30 er omfattet af anvendelsesområdet for artikel 28 EF.

3. Kvalificering som en bestemt form for salg

45. Den foreliggende sag rejser to spørgsmål angående anvendelsesområdet af artikel 28 EF: for det første, om det omstridte reklameforbud ikke muligvis udgør en bestemt form for salg, hvilket siden Keck og Mithouard-dommen principielt ikke er omfattet af forbuddet i artikel 28 EF, og for det andet, om reklamebestemmelsen skal vurderes på grundlag af bestemmelserne om de frie varebevægelser eller på grundlag af bestemmelserne om den frie udveksling af tjenesteydelser.

47. I henhold til ældre retspraksis kan en lovgivning, som begrænser eller forbyder visse former for reklame og visse salgsfremmende metoder, selv om den ikke direkte påvirker samhandelen, begrænse dennes omfang, fordi den påvirker afsætningsmulighederne¹⁶. På grundlag heraf har Domstolen i Oosthoek-¹⁷, GB-Inno-¹⁸ Aragonesa-¹⁹ og Yves Rocher-sagerne²⁰ fastslået, at reklameforbud udgør en begrænsning af de frie varebevægelser.

48. Med Keck og Mithouard-dommen er retspraksis imidlertid blevet grundlæggende ændret. I denne dom har Domstolen

16 — Dom af 15.12.1982, sag 268/81, Oosthoek's Uitgeversmaatschappij, Sml. s. 4375, præmis 15, GB-INNO-BM-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 12, præmis 7, og Keck og Mithouard-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 7, præmis 13.

17 — Oosthoek-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 16.

18 — GB-INNO-BM-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 12.

19 — Dom af 25.7.1991, forenede sager C-1/90 og C-176/90, Aragonesa, Sml. I, s. 4151.

20 — Dom af 18.5.1993, sag C-126/91, Yves Rocher, Sml. I, s. 2361.

46. Som følge af bestemmelsen i artikel 50, stk. 1, EF, ifølge hvilken reglerne om fri udveksling af tjenesteydelser er subsidiære i

sondret mellem produktrelaterede og afsætningsrelaterede foranstaltninger og principielt undtaget sidstnævnte fra anvendelsesområdet for artikel 28 EF.

49. Nationale bestemmelser, som begrænser eller forbyder bestemte former for salg, og som bringes i anvendelse på varer fra andre medlemsstater, kan ifølge den nævnte dom ikke antages direkte eller indirekte, aktuelt eller potentielt at hindre samhandelen mellem medlemsstaterne i den i Dassonville-dommen anvendte betydning. Det kræves dog, at bestemmelserne finder anvendelse på alle de berørte erhvervsdrivende, der udøver virksomhed i indlandet, og at bestemmelserne, såvel retligt som faktisk, påvirker afsætningen af indenlandsk fremstillede varer og varer fra andre medlemsstater på samme måde. Når disse betingelser er opfyldt, kan en anvendelse af sådanne bestemmelser på salg af varer fra en anden medlemsstat ikke antages at forhindre, at varerne får adgang til markedet eller medføre større ulemper i denne henseende end for indenlandsk fremstillede varer. Sådanne bestemmelser falder derfor uden for anvendelsesområdet for traktatens artikel 28 EF²¹. Den omstændighed, at nationale lovbestemmelser generelt set kan begrænse omsætningen og således også omsætningen af varer fra andre medlemsstater, anses ikke længere for at være tilstrækkelig til, at den omtvistede lovgivning må betegnes som en foranstaltning med tilsvarende virkning som en kvantitativ indførselsrestriktion²².

50. Som følge af denne ændring i retspraksis har Domstolen efterfølgende principielt anset reklamebegrænsninger i forbindelse med salg af bestemte varer som en afsætningsrelateret foranstaltning, som ikke er omfattet af forbuddet i artikel 28 EF. Som eksempler herpå kan nævnes Hünermunddommen²³, Leclerc-Siplec-dommen²⁴ og De Agostini-dommen²⁵. I Gourmet International-dommen²⁶ fandt Domstolen derimod, at der forelå en begrænsning af de frie varebevægelser, eftersom afsætningen af indførte varer i højere grad blev begrænset end afsætningen af indenlandske varer, men fastslog dog, at begrænsningen principielt var berettiget af hensyn til beskyttelsen af den offentlige sundhed, dog med det forbehold, at proportionalitetsprincippet blev overholdt.

51. UWG's § 30 vedrører reklame for afsætning af bestemte varer og vedrører således i henhold til nyere retspraksis en bestemt form for salg. Som følge af denne retspraksis må man derfor i nærværende

21 — Keck og Mithouard-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 7, præmis 16 f.

22 — Keck og Mithouard-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 7, præmis 13, samt dom af 20.6.1996, forenede sager C-418/93 — C-421/93, C-460/93 — C-462/93, C-464/93, C-9/94, C-10/94, C-11/94, C-14/94, C-15/94, C-23/94, C-24/94 og C-332/94, Semeraro Casa Uno m.fl., Sml. I, s. 2975, præmis 24.

23 — Nævnt ovenfor i fodnote 8, præmis 22 (reklamering uden for apoteket for varer, der sædvanligvis forhandles på et apotek).

24 — Nævnt ovenfor i fodnote 9, præmis 22 (forbud mod tv-reklamer til fordel for distributionsvirksomheder).

25 — Nævnt ovenfor i fodnote 10, præmis 44 (fuldstændigt forbud mod reklamer, der henvender sig til børn under 12 år, og mod vildledende reklame i henhold til svensk lovgivning).

26 — Nævnt ovenfor i fodnote 11, præmis 25 og 32.

sag konkludere, at forbuddet i UWG's § 30 ikke er omfattet af anvendelsesområdet for artikel 28 EF.

dets sammensætning, form, dimensioner, vægt eller oprindelse. Forbuddet i UWG's § 30 er således en afsætningsrelateret foranstaltning.

52. Troostwijk har anfægtet, at UWG's § 30 kvalificeres som en afsætningsrelateret foranstaltning, under henvisning til, at en vares oprindelse er en af dets egenskaber og ikke har noget at gøre med den måde, hvorpå den afsættes. Henvisningen til en vares oprindelse er således produktrelateret.

55. I henhold til den ovenfor nævnte retspraksis falder bestemte former for salg imidlertid kun uden for anvendelsesområdet for artikel 28 EF, såfremt de finder anvendelse på alle de berørte erhvervsdrivende, der udøver virksomhed i indlandet, og såfremt de såvel retligt som faktisk påvirker afsætningen af indenlandsk fremstillede varer og varer fra andre medlemsstater på samme måde²⁷.

53. Som allerede nævnt betegnes en vares oprindelse i artikel 3, litra a), i direktiv 84/450 som en af »egenskaberne ved varerne«. Ud fra dette synspunkt synes det at være rimeligt at betragte oprindelsen som en egenskab, der kendetegner varen.

56. Reklameforbuddet i UWG's § 30 gælder for alle de erhvervsdrivende, der udøver virksomhed i Østrig. Den første betingelse er således opfyldt.

54. Dette indebærer imidlertid ikke, at forbuddet mod enhver reklame, der angiver, at varen hidrører fra et konkursbo, skal anses for at være en produktrelateret bestemmelse. UWG's § 30 regulerer ikke spørgsmålet om, hvorvidt det i Østrig er tilladt at afsætte varer, der hidrører fra et konkursbo, men derimod hvorledes sådanne varer må annonceres til salg, nemlig uden henvisning til, at de hidrører fra et konkursbo. UWG's § 30 forbyder således reklamer, som vækker en forventning om, at varen er særligt billig som følge af dens oprindelse. Dette ændrer imidlertid ikke ved, at bestemmelsen vedrører reklamen for et produkt og ikke produktet selv,

57. Det er derimod tvivlsomt, om også den anden betingelse er opfyldt. Troostwijk har gjort gældende, at det i andre medlemsstater er tilladt at reklamere med, at varer

27 — Keck og Mithouard-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 7, præmis 16.

hidrører fra et konkursbo, og har som eksempel herpå nævnt Belgien, Frankrig og Sverige. Anvendelsen af internettet gør det umuligt at adskille annoncering i Østrig fra annoncering i andre medlemsstater. Bestemmelsen udgør derfor en hindring af de frie varebevægelser, for så vidt som UWG's § 30 begrænser reklamer, som er tilladt i andre medlemsstater.

58. Den svenske regering har modsagt Troostwijks redegørelse og anført, at der i svensk ret findes en bestemmelse, som kan sammenlignes med UWG's § 30. Kommissionen mener, at der bør lægges vægt på, hvorvidt den omstridte bestemmelse gør det vanskeligere eller ligefrem umuligt for udenlandske produkter at få adgang til markedet. Kun såfremt indenlandske distributører af varer opnår en konkurrencemæssig fordel, foreligger der en hindring for de frie varebevægelser. Kommissionen mener ikke, at dette er tilfældet i forbindelse med UWG's § 30.

59. Det af Troostwijk rejste spørgsmål, om der i forbindelse med annoncering på internettet kan sondres mellem de forskellige medlemsstater, er et faktisk spørgsmål, som skal behandles af den forelæggende ret. Uanset hvorledes dette spørgsmål besvares, er det i henhold til sagsøgte i hovedsagen en

kendsgerning, at der ikke findes et tilsvarende forbud i alle medlemsstater, hvorfor den i Østrig forbudte reklame ville være tilladt i nogle medlemsstater.

60. Som Domstolen allerede har fastslået i Yves Rocher- og Mars-sagerne²⁸, er det nødvendigt ved hjælp af fællesskabsretlige bestemmelser at beskytte ensartede reklamekoncepter, der anvendes inden for hele det indre marked, mod restriktioner. Internettet skaber nye muligheder for de erhvervsdrivende, der som følge af manglende fællesskabsretlige bestemmelser og de forskellige lovgivninger i medlemsstaterne hidtil ikke har været i stand til at udnytte disse muligheder fuldt ud. De hindringer, som dette medfører, må ikke stå i vejen for gennemførelsen af de grundlæggende frihedsrettigheder, der er sikret i EF-traktaten.

61. Det er i denne sag ikke relevant at undersøge, hvorvidt dette problem kan løses med Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2000/31/EF af 8. juni 2000 om visse retlige aspekter af informationssamfundstjenester, navnlig elektronisk handel, i det indre marked (»Direktivet om elektronisk handel«)²⁹ (herefter »e-handelsdirektivet«). Direktivet fandt således ikke anvendelse i Østrig på det pågældende tidspunkt i

28 — Yves Rocher-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 20, præmis 10, og dom af 6.7.1995, sag C-470/93, Mars, Sml. I, s. 1923, præmis 13.

29 — EFT L 178, s. 1.

maj 2001. Direktivet blev først gennemført ved »e-handelsloven«³⁰, som trådte i kraft den 1. januar 2002.

første gang sondres mellem afsætningsrelaterede og produktrelaterede foranstaltninger.

62. Det af Troostwijk anførte hensyn til overholdelse af medlemsstaternes forskellige reklamebestemmelser og den deraf følgende nødvendige tilpasning af reklamerne kunne medføre en forskelsbehandling af importerede varer, eftersom virksomheder, som ikke har hjemsted i Østrig, tvinges til at tilpasse den reklame, som de anvender på fællesskabsniveau, efter de regler, som gælder på det østrigske marked i overensstemmelse med UWG's § 30. Alene de omkostninger, der er forbundet med at undersøge, hvad der er lovligt i de enkelte medlemsstater, er betragtelige³¹. Dette indebærer, at bestemmelsen i UWG's § 30 medfører øgede udgifter til reklame for markedsføringen af importerede varer. Spørgsmålet er, om disse ekstraomkostninger er grundlag nok til at anse bestemmelsen for en foranstaltning med tilsvarende virkning som en kvantitativ restriktion.

63. For at besvare dette spørgsmål kan man næppe støtte sig på Yves Rocher-dommen, eftersom denne blev afsagt før Keck og Mithouard-dommen, hvori der for

64. I henhold til nyere retspraksis bør dette spørgsmål imidlertid, hvad resultatet angår, besvares benægtende. For det første vedrører de øgede omkostninger ikke tilpasning af de varer, der skal indføres, men derimod tilpasning af reklame, hvorfor der er tale om en afsætningsrelateret omstændighed. Ifølge sondringen i Keck og Mithouard-dommen skal en sådan finansiel meromkostning anses for at falde uden for anvendelsesområdet for artikel 28 EF.

65. For det andet har Domstolen også i sin nyere retspraksis lagt vægt på, om de omstridte bestemmelser kan gøre det vanskeligere for varer med oprindelse i andre medlemsstater at få adgang til markedet. I Gourmet International-sagen har Domstolen antaget, at et forbud mod enhver reklame over for forbrugerne gennem annoncer i pressen og i radio og tv, ved uopfordret direkte tilsendelse af reklamemateriale eller ved udenbørs reklame, havde denne virkning³². Til forskel fra de faktiske omstændigheder i Gourmet International-sagen indebærer UWG's § 30 dog ikke et fuldstændigt reklameforbud for varer, der hidrører fra et konkursbo. Den forbyder udelukkende reklamer, i hvilke det angives,

30 — Forbundslov om regulering af visse retlige aspekter af elektronisk handel (lov om elektronisk handel — ECG) og om ændring af signaturloven og retsplejeloven, BGBl. I nr. 152/2001.

31 — Jf. begrundelsen til forslag til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv om visse retlige aspekter af elektronisk handel i det indre marked, KOM(1998) 586 endelig af 18.11.1998, s. 9 ff.

32 — Nævnt ovenfor i fodnote 11, præmis 21.

at varerne hidrører fra et konkursbo. Der kan i øvrigt frit reklameres for de markedsførte varer, forudsat naturligvis at det konkrete forbud mod vildledning i UWG's § 2 overholdes. Man må derfor gå ud fra, at bestemmelsen alt taget i betragtning ikke medfører større ulemper for adgangen til markedet for varer med oprindelse i andre medlemsstater end for indenlandske produkter, som forbrugerne umiddelbart kender bedre. Parterne har heller ikke anført argumenter til støtte for, at UWG's § 30 skulle medføre større ulemper for adgangen til det østrigske marked for varer med oprindelse i andre medlemsstater.

66. Det kan følgelig lægges til grund, at UWG's § 30 såvel retligt som faktisk påvirker afsætningen af indenlandske varer på samme måde som afsætningen af produkter med oprindelse i andre medlemsstater. Dermed er betingelserne for at antage, at der er tale om en bestemt form for salg, som falder uden for anvendelsesområdet for artikel 28 EF, opfyldt.

67. På baggrund af denne undersøgelse må det således konstateres, at reklameforbudet i UWG's § 30 som en afsætningsrelateret foranstaltning (bestemt form for salg) ikke er omfattet af anvendelsesområdet for artikel 28 EF.

4. Spørgsmålet, om restriktionen kan være begrundet ud fra tvingende almene hensyn

68. Subsidiært — såfremt Domstolen ikke er enig i denne analyse, men derimod lægger til grund, at UWG's § 30 indebærer en hindring af de frie varebevægelser — skal det undersøges, om bestemmelsen i givet fald kan være begrundet i artikel 30 EF.

69. I henhold til artikel 30 EF er bestemmelserne i artikel 28 EF ikke til hinder for restriktioner vedrørende indførsel, som er begrundet i hensynet til den offentlige sædelighed, den offentlige orden, den offentlige sikkerhed, beskyttelse af menneskers og dyrs liv og sundhed, beskyttelse af planter, beskyttelse af nationale skatte af kunstnerisk, historisk eller arkæologisk værdi eller beskyttelse af industriel og kommerciel ejendomsret. I nærværende sag foreligger ingen af disse hensyn.

70. Ud over reglen i artikel 30 EF fremgår det i øvrigt af fast retspraksis, at på områder, der ikke er harmoniseret på fællesskabsplan, må hindringer for samhandelen inden for Fællesskabet, der beror på forskelle i de nationale lovgivninger, accepteres, såfremt bestemmelserne herom finder anvendelse såvel på indenlandske som på indførte varer, og såfremt de er

uomgængeligt nødvendige bl.a. af hensyn til forbrugerbeskyttelse. Sådanne bestemmelser kan imidlertid kun accepteres, når de står i rimeligt forhold til det mål, der forfølges, og dette mål ikke kan nås ved foranstaltninger, der i mindre omfang begrænser samhandelen i Fællesskabet³³.

almindelighed hører til de tvingende almene hensyn, som principielt kan begrunde, at der opstilles restriktioner for de frie varebevægelser³⁴.

71. Som anført ovenfor, regulerer direktiv 84/450 ikke tilfælde, hvor der gælder et absolut forbud mod reklame på grund af en abstrakt risiko for vildledning. Det her relevante område har således ikke været genstand for en fællesskabsretlig harmonisering. UWG's § 30 finder desuden anvendelse uden forskel på indenlandsk producerede produkter og på produkter med oprindelse i en anden medlemsstat. De første to betingelser er således opfyldt. Spørgsmålet er herefter, om bestemmelsen er nødvendig ud fra de hensyn til forbrugerbeskyttelse og til god handelsskik, som den østrigske lovgiver, efter hvad den forelæggende ret har oplyst, har motiveret bestemmelsen med, og om den er forholdsmæssig.

73. Troostwijk har over for denne berettigelse af reklamebegrænsningen henvist til ytringsfriheden i medfør af artikel 10 i EMRK. Ytringsfriheden kan ganske vist begrænses. Det er imidlertid ikke nødvendigt at forbyde oplysninger, der er i overensstemmelse med sandheden, for at opretholde den demokratiske orden.

74. Domstolen undersøger ganske vist ikke, hvorvidt nationale bestemmelser, som ikke er vedtaget i medfør af fællesskabsretten, er forenelige med EMRK. Hvis en sådan bestemmelse derimod falder inden for fællesskabsrettens anvendelsesområde, skal Domstolen, såfremt den anmodes om en præjudiciel afgørelse, give den forelæggende ret alle de fortolkningskriterier, som er nødvendige for at fastslå, hvorvidt denne bestemmelse er forenelig med de grundlæggende rettigheder, som Domstolen skal beskytte, og som navnlig er hjemlet i EMRK. Særligt bemærkes, at når en medlemsstat påberåber sig en bestemmelse, der tillader en begrænsning af de grundlæggende frihedsrettigheder, for at begrunde

72. Det følger af fast praksis, at god handelsskik og forbrugerbeskyttelse i

33 — Dom af 26.11.1996, sag C-313/94, Graffione, Sml. I, s. 6039, præmis 17, og af 12.10.2000, sag C-3/99, Ruwet, Sml. I, s. 8749, præmis 50.

34 — Ruwet-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 33, præmis 50, og De Agostini-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 10, præmis 46.

retsforskrifter, som kan begrænse de grundlæggende frihedsrettigheder, skal denne begrundelse, som er hjemlet i fællesskabsretten, fortolkes i lyset af de almindelige retsgrundsætninger, herunder grundrettighederne. De omhandlede nationale retsforskrifter kan derfor kun omfattes af de fællesskabsretlige undtagelser, såfremt disse er i overensstemmelse med de grundrettigheder, som Domstolen skal beskytte. Det følger heraf, at den nationale ret, og i givet fald Domstolen, i et sådant tilfælde skal vurdere anvendelsen af disse bestemmelser i forhold til samtlige fællesskabsretlige regler, herunder ytringsfriheden i henhold til artikel 10 i EMRK, idet denne er en almindelig retsgrundsætning, som Domstolen skal beskytte³⁵.

det standpunkt, at reklame inden for fællesskabsrettens rammer skal anses for at udgøre en del af ytringsfriheden³⁷.

76. Hvis man tilslutter sig denne analyse, må det konstateres, at reklameforbuddet i UWG's § 30 begrænser ytringsfriheden. Virkningen af denne begrænsning forstærkes ved, at der er tale om et forbud mod udbredelsen af sandfærdige oplysninger.

75. Ifølge Menneskerettighedsdomstolens retspraksis er alle former for ytringsfrihed omfattet af artikel 10, stk. 1, i EMRK. Hertil hører også informationer af kommerciel art³⁶, altså udbredelse af informationer, udtryk for idéer eller kommunikation af billeder som led i markedsføringen af en økonomisk virksomhed og den dertilhørende ret til at modtage sådanne informationer. Generaladvokat Fennelly har i sit forslag til afgørelse i sagen om tobaksreklamedirektivet ligeledes indtaget

77. Det bør således undersøges, om denne begrænsning er begrundet. Artikel 10, stk. 2, i EMRK indeholder et udtrykkeligt forbehold for lovgivning. I henhold hertil kan ytringsfriheden begrænses, såfremt det sker gennem lovgivning og er nødvendigt. Menneskerettighedsdomstolen har gentaget gange bekræftet, at navnlig reklamer kan gøres til genstand for en begrænsning eller et forbud. I Markt Intern-dommen har Menneskerettighedsdomstolen anset begrænsninger, der vedtages for at beskytte tredjemands omdømme og rettigheder, for

35 — Dom af 18.6.1991, sag C-260/89, ERT, Sml. I, s. 2925, præmis 43 f., vedrørende den frie udveksling af tjenesteydelser og hensynene i artikel 46 EF. Jf. i samme retning også dom af 26.6.1997, sag C-368/95, Familiapress, Sml. I, s. 3689, præmis 26-28, vedrørende den frie bevægelighed for varer og hensynene i artikel 30 EF.

36 — Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols dom i sagen Markt Intern, nævnt ovenfor i fodnote 13, serie A, nr. 165, præmis 25 f., og dom af 24.2.1994 i sagen Casado Coca mod Spanien, serie A, nr. 285, præmis 35 f.

37 — Punkt 153 i forslag til afgørelse fra generaladvokat Fennelly af 15.6.2000, i dommen af 5.10.2000, sag C-376/98, Tyskland mod Parlamentet og Rådet, Sml. I, s. 8419, og sag C-74/99, Imperial Tobacco, Sml. I, s. 8599.

berettigede³⁸. I Casado Coca-sagen anerkendte Menneskerettighedsdomstolen, at bestemmelser, der gælder for et lovreguleret erhverv, forfølger et legitimt mål i den betydning, som anvendes i stk. 2, og derfor kan begrunde en begrænsning af reklame-mulighederne³⁹. Ifølge Menneskerettighedsdomstolen kan reklame underkastes mere omfattende begrænsninger end udbredelsen af politiske idéer⁴⁰.

79. Lægger man dette kriterium til grund, bør en reklamebegrænsning ud fra hensynet til forbrugerbeskyttelse og hensynet til god handelsskik, således som den, der følger af UWG's § 30, principielt anses for at være forenelig med artikel 10 i EMRK, forudsat der ikke findes et tilsvarende middel til opnåelse af dette mål, som udgør en mindre begrænsning af ytringsfriheden.

78. I det allerede nævnte forslag til afgørelse i sagen om tobaksdirektivet fandt generaladvokat Fennelly under henvisning til Markt Intern-dommen, at begrænsninger må anses for tilladte, når de kompetente myndigheder med rimelighed anser dem for nødvendige. Oplysninger af kommerciel art kan sædvanligvis ikke tillægges nogen samfundsmæssig funktion af betydning ud over at fremme den økonomiske aktivitet, i relation til hvilken lovgiver råder over et vidt skøn med hensyn til at indføre begrænsninger, der er begrundet i almene hensyn⁴¹.

80. Herefter skal det således undersøges, om forbuddet i UWG's § 30 er forholdsmæssigt. Spørgsmålet er, om reklameforbuddet er nødvendigt. I forbindelse med besvarelsen af dette spørgsmål skal der tages hensyn til, at der er tale om et forbud mod udbredelsen af sandfærdige oplysninger. De varer, som blev tilbudt på auktionen, stammede rent faktisk fra et konkursbo, men på det tidspunkt, hvor auktionen blev afholdt, tilhørte varerne ikke længere konkursboet.

81. Som den svenske regering med rette har anført, er et salg, der foretages af en kurator, sædvanligvis kendetegnet ved, at det er nødvendigt, at salget gennemføres hurtigst muligt og under overholdelse af visse lovbestemmelser. Disse omstændigheder har indflydelse på den pris, der kan opnås for de udbudte varer. Sådanne forhold foreligger ikke for det salg, som sagsøgte i hovedsagen gør reklame for. Virksomheden er i forbindelse med sine

38 — Markt Intern-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 13, præmis 31.

39 — Casado Coca-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 36, præmis 46.

40 — Beslutning af 5.5.1979, sag 7805/77, X og Church of Scientology mod Sverige, Decisions and Reports 16 (1979), s. 68, 73. Frowein i Frowein/Peukert, Europäische Menschenrechtskonvention (1985), artikel 10, punkt 9 og den deri nævnte retspraksis. Van Dijk/Van Hoof, Theory and practice of the European Convention on Human Rights, (2. udg.), artikel 10, punkt 8, s. 425.

41 — Forslag til afgørelse nævnt ovenfor i fodnote 37, punkt 159.

egne omkostninger ikke underlagt de bestemmelser, som gælder for en kurator. Virksomheden er heller ikke underlagt et pres om at sælge varerne hurtigst muligt. Disse forskelle berettiger til en klar sontring mellem den type reklame, som sagsøgte i hovedsagen anvender i forbindelse med en auktion, som selskabet afholder, og den type reklame, som en kurator anvender i forbindelse med en auktion.

82. Overskriften »Auktion af varer fra konkursbo« og oplysningen om, at varerne hidrører »fra konkursboet«, i den reklame, som ligger til grund for hovedsagen, kan udviske disse forskelle. For så vidt kan det konstateres, at et forbud mod reklamer, der angiver, at varerne hidrører fra et konkursbo, er nødvendigt ud fra hensynet til forbrugerbeskyttelse og hensynet til god handelsskik.

83. Der står herefter tilbage at undersøge, om forbuddet er forholdsmæssigt. Der er ingen tvivl om, at forbuddet egner sig til at forhindre risikoen for vildledning af forbrugeren. Til gengæld er det et spørgsmål, om der findes et mindre restriktivt middel, med hvilket det tilstræbte mål ligeledes kunne opnås. Man kunne forestille sig en mindre restriktiv foranstaltning i form af en oplysning i reklameteksten, der tydeligt

angiver, at auktionen ikke sker gennem kurator eller for dennes regning, og at de bortauktionerede varer på auktionstidspunktet ikke længere tilhører konkursboet.

84. Den af Handelsgericht Wien anordnede foreløbige foranstaltning gik i denne retning, idet den pålagde Troostwijk ved den offentlige auktion den 14. maj 2001 over for de mulige købere at afgive en erklæring, hvoraf det fremgår, at sagsøgte har erhvervet varerne fra kurator, og at auktionen ikke finder sted ved kurators foranstaltning og i dennes navn, men for sagsøgtes egen regning, dvs., at der ikke er tale om en auktion af et konkursbos aktiver⁴². Ved at anføre disse oplysninger i reklamen tydeliggøres de to ovenfor anførte forskelle mellem de to auktionsformer. På denne måde tilgodeses hensynet til forbrugerbeskyttelse og hensynet til god handelsskik, uden at det er nødvendigt at fortie de sandfærdige oplysninger om varernes oprindelse.

85. Også i dommen i Yves Rocher-sagen har Domstolen anset en tilsvarende forbrugeroplysning for at udgøre et mindre restriktivt middel i forhold til et forbud mod at anføre sandfærdige oplysninger⁴³,

42 — Jf. ordlyden af det andet punkt i begæringen om en foreløbig foranstaltning, som er gengivet i forelæggelseskendelsen.

43 — Yves Rocher-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 20, præmis 16-18.

hvorfor den her foreslåede løsning også kan støttes på denne dom.

indirekte og potentielt påvirke salget af de i Østrig auktionerede varer til købere i andre medlemsstater.

86. Som følge heraf kan det konkluderes, at et fuldstændigt forbud mod reklamer, i hvilke det oplyses, at varerne hidrører fra et konkursbo, går videre end det, som er berettiget ud fra hensynet til forbrugerbeskyttelse og hensynet til god handelsskik, og derfor ikke er forholdsmæssigt. Forbuddet kan således ikke anses for at være begrundet i henhold til artikel 30 EF eller under henvisning til tvingende almene hensyn.

88. I forelæggelseskendelsen anmodes der ganske vist udtrykkeligt kun om en fortolkning af artikel 28 EF. Domstolen har dog allerede gentagne gange præciseret, at det påhviler den på grundlag af samtlige de oplysninger, som fremlægges af den nationale domstol, at udlede de elementer i fællesskabsretten, som skal fortolkes, når henses til sagens genstand⁴⁴. Forelæggelseskendelsen er således ikke til hinder for, at der foretages en retlig stillingtagen til andre bestemmelser i traktaten.

C — Foranstaltninger med tilsvarende virkning som en udførselsrestriktion (artikel 29 EF)

87. Troostwijks anbringende om, at forbuddet i UWG's § 30 medfører, at det for en auktion i Østrig ikke er muligt at anvende en i en anden medlemsstat tilladt reklame, fordi det ikke er muligt at foretage en differentiering mellem reklamerne på grundlag af medlemsstat, rejser det spørgsmål, om UWG's § 30 udgør en foranstaltning med tilsvarende virkning som en kvantitativ eksportrestriktion i artikel 29 EF's forstand. Hvis en i andre medlemsstater tilladt reklame på internettet er udelukket som følge af bestemmelserne i UWG's § 30, kan dette i det mindste

89. Ifølge fast retspraksis forbyder artikel 29 EF dog kun sådanne nationale foranstaltninger, hvis formål eller virkning særligt er at hindre eksporthandelen og således skabe forskelsbehandling mellem handelen på hjemmemarkedet i en medlemsstat og dens eksporthandel, således at der herved sikres den pågældende medlemsstats indenlandske produktion eller hjemmemarked en særlig fordel⁴⁵. I henhold til den forelæggende rets angivelser har reklameforbuddet imidlertid ikke til formål at regulere samhandelen, men derimod at beskytte forbrugeren og den gode handelsskik. Da bestemmelsen ikke indebærer

44 — Dom af 8.12.1987, sag 20/87, Gauchard, Sml. s. 4879, præmis 7 og den deri nævnte retspraksis.

45 — Dom af 7.2.1984, sag 238/82, Duphar, Sml. s. 523, præmis 25, af 10.3.1983, sag 172/82, Inter-Huiles m.fl., Sml. s. 555, præmis 12, og af 23.5.2000, sag C-209/98, Sydhavnens Sten & Grus, Sml. I, s. 3743, præmis 34.

nogen specifik begrænsning af eksporten, er den ikke omfattet af anvendelsesområdet for artikel 29 EF.

forbuddet i UWG's § 30 er foreneligt med reglerne om fri udveksling af tjenesteydelser.

D — Fri udveksling af tjenesteydelser (artikel 49 EF)

90. Følger man mit ræsonnement og kvalificerer forbuddet i UWG's § 30 som en bestemt form for salg, som ikke er omfattet af anvendelsesområdet for artikel 28 EF, opstår spørgsmålet, om forbudsbestemmelsen er omfattet af reglerne om fri udveksling af tjenesteydelser og i bekræftende fald, hvorvidt forbuddet er foreneligt med disse bestemmelser.

91. Det ovenfor allerede nævnte problem vedrørende afgrænsningen mellem anvendelsesområdet for artikel 28 EF og artikel 49 EF bliver her tydeligt. Det omstridte forbud vedrører reklame. Betragter man reklame som blot et led i den almindelige økonomiske aktivitet med afsætning af varer, skal bestemmelsen udelukkende undersøges i lyset af de frie varebevægelser. Betragter man derimod reklame som noget selvstændigt, må man stille det spørgsmål, om

92. Det fremgår af GB-Inno-dommen og Schindler-dommen, hvor vanskelig afgrænsningen kan være i det enkelte tilfælde. Begge sager vedrørte distribution af reklamemateriale. I GB-Inno-dommen undersøgte Domstolen kun distributionen af reklamemateriale i lyset af de frie varebevægelser⁴⁶. I Schindler-dommen blev forsendelse af reklamer for et udenlandsk lotteri derimod betragtet som en tjenesteydelse⁴⁷.

93. Dette tydeliggør, at afgørelsen ikke skal træffes på et abstrakt grundlag, men derimod under hensyn til de konkrete omstændigheder i den enkelte sag. Hvis reklamen f. eks. udarbejdes og offentliggøres af sælger selv, er det nærliggende at betragte reklamen som et led i afsætningen af varerne. Dette kunne f.eks. være tilfældet med en tavle, som opstilles i salgslokaler, og som sælger selv skriver på. Anderledes ville det være, hvis reklamen udarbejdes og offentliggøres af tredjemand, f.eks. af et selv-

46 — GB-Inno-BM-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 12, præmis 7 ff.

47 — Dom af 24.3.1994, sag C-275/92, Schindler, Sml. I, s. 1039, præmis 20-25.

stændigt reklamebureau. Denne aktivitet ville principielt være omfattet af anvendelsesområdet for artikel 49 EF.

94. Forelæggelseskendelsen indeholder ingen oplysninger om de faktiske omstændigheder omkring internetreklamen. De efterfølgende bemærkninger kan således kun tjene som nyttige retningslinjer for den forelæggende ret med hensyn til, hvorledes de faktiske omstændigheder skal bedømmes ud fra et fællesskabsretligt synspunkt, såfremt den konstaterer, at reklamen er lagt på internettet af tredjemand.

95. I hovedsagen drejer det sig om reklame, som bl.a. blev offentliggjort på webstedet »www.troostwijkauctions.com«. Den forelæggende ret vil i første omgang skulle tage stilling til, om det er sagsøgte i hovedsagen selv eller tredjemand, der har lagt denne reklame på internettet. I førstnævnte tilfælde skal de faktiske omstændigheder udelukkende vurderes inden for rammerne af reglerne om de frie varebevægelser, og i sidstnævnte tilfælde skal forbuddet i UWG's § 30 også vurderes med henblik på at fastslå, om forbuddet er foreneligt med bestemmelserne om den frie udveksling af tjenesteydelser.

96. Under den mundtlige forhandling har Troostwijk på Domstolens spørgsmål gan-

ske vist forklaret, at virksomheden ikke har anvendt et reklamebureau, men derimod selv havde lagt reklamen på internettet. Dette udelukker imidlertid ikke anvendelsen af bestemmelserne om den frie udveksling af tjenesteydelser, idet den i hovedsagen omstridte annonce for auktionen, således som den er gengivet i forelæggelseskendelsen, nævner webstedet »www.troostwijk.com«. Dette er webstedet for Troostwijks moderselskab, som har hjemsted i Nederlandene. Dette websted indeholder for tiden en liste med datoer over aktioner, der finder sted i hele Europa, heriblandt annoncer, som er sammenlignelige med den, som sagsøgte i hovedsagen har anvendt, samt kataloger med de varer, som udbydes på de respektive auktioner. Denne omstændighed taget i betragtning er det nærliggende at antage, at reklamen er lagt på internettet af det i Nederlandene hjemmehørende moderselskab, som driver virksomhed i hele Europa. Hvis der er tale om to forskellige juridiske personer, må den forelæggende ret tage stilling til, hvorvidt bestemmelsen i UWG's § 30 er forenelig med bestemmelserne om den frie udveksling af tjenesteydelser.

97. Den frie udveksling af tjenesteydelser kan være blevet begrænset på to måder. Hvis reklamen er blevet lagt på internettet af tredjemand, som er hjemmehørende i en anden medlemsstat, herunder også et retligt selvstændigt moderselskab, kan der foreligge en begrænsning i den frie udveksling af tjenesteydelser, fordi udbredelsen af reklamen er fuldstændig forbudt i henhold til UWG's § 30. Den omstridte tjeneste-

ydelse må i så fald ikke erlægges til fordel for det østrigske selskab Troostwijk.

forhold hertil, og om disse mål eller tvingende hensyn eventuelt kunne opnås ved hjælp af mindre restriktive foranstaltninger.

98. Hvis tredjemand derimod ligeledes er hjemmehørende i Østrig, kan der foreligge en begrænsning i den frie udveksling af tjenesteydelser, fordi reklamen ikke via internettet må spredes til andre medlemsstater, hvor en sådan reklame principielt er tilladt. Som Troostwijk gør gældende, og som ingen har bestridt, er det ikke muligt at foretage en differentiering i offentliggørelsen af reklamer på grundlag af medlemsstat. UWG's § 30 kan således kun overholdes ved slet ikke at gøre reklame på internettet. Dette resultat er ligeledes i overensstemmelse med princippet om oprindelseslandet. Ifølge dette princip skal man overholde de nationale bestemmelser i den medlemsstat, hvorfra det omstridte budskab udsprede. Princippet om oprindelseslandet er bl.a. blevet fastslået i artikel 3, stk. 1, i e-handelsdirektivet og er blevet anvendt af Domstolen i forbindelse med udsendelse af tv-reklamer⁴⁸.

99. I sådanne tilfælde måtte den forelæggende ret undersøge, om den begrænsning, der følger af UWG's § 30, er nødvendig i bestræbelserne på at nå et af de i artikel 46 EF nævnte mål eller på grund af tvingende almene hensyn, om den står i et passende

100. De i artikel 46 EF nævnte begrundelser kan næppe være relevante i hovedsagen. Det følger af fast retspraksis, at beskyttelse af forbrugerne og god handelsskik hører til de tvingende almene hensyn, der kan begrunde, at der opstilles restriktioner for den frie udveksling af tjenesteydelser⁴⁹. UWG's § 30 har ganske vist til formål at beskytte forbrugerne og god handelsskik. Af de grunde, som der henvises til i forbindelse med prøvelsen af reglerne om den frie bevægelighed for varer, må bestemmelsen dog også i denne sammenhæng anses for at være uforholdsmæssig. En reklame, hvorefter det ved en tydelig sontring fremgår, at der ikke er tale om en af kurator afholdt auktion over varer, der hidrører fra et konkursbo, garanterer en lige så effektiv beskyttelse af forbrugeren og god handelsskik som det fuldstændige forbud i UWG's § 30. Som følge heraf vil en eventuel restriktion af den frie udveksling af tjenesteydelser ikke være berettiget.

48 — De Agostini-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 10, præmis 51.

49 — Dom af 25.7.1991, sag C-288/89, *Collectieve Antennevoorziening Gouda m.fl.*, Sml. I, s. 4007, præmis 14, og *De Agostini-dommen*, nævnt ovenfor i fodnote 10, præmis 53.

VI — Forslag til afgørelse

101. Som konklusion kan det således fastslås, at anvendelsesområdet for artikel 28 EF og 29 EF ikke berøres af UWG's § 30. Med hensyn til den frie udveksling af tjenesteydelser skal den forelæggende ret i første omgang undersøge de faktiske omstændigheder, før der kan træffes en afgørelse om, hvorvidt UWG's § 30 eventuelt er uforenelig med artikel 49 EF. Eftersom foranstaltningen ikke er forholdsmæssig, kan den ikke anses for berettiget ud fra tvingende almene hensyn.

102. På baggrund af ovenstående foreslår jeg herefter Domstolen at besvare den forelæggende rets spørgsmål således:

»Artikel 28 EF skal fortolkes således, at den ikke er til hinder for en national bestemmelse, der uafhængigt af oplysningernes sandhedsindhold forbyder enhver henvisning til den omstændighed, at en vare hidrører fra et konkursbo, når der i offentlige bekendtgørelser eller i meddelelser, der er rettet til en større personkreds, annonceres med salg af varer, der hidrører fra et konkursbo, men som ikke længere tilhører konkursboet. En sådan bestemmelse kan dog i givet fald udgøre en uforholdsmæssig restriktion af den frie udveksling af tjenesteydelser (artikel 49 EF).«