



Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
M. CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA
fremsat den 31. maj 2018¹

Forenede sager C-54/17 og C-55/17

**Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato
mod
Wind Tre SpA, tidligere Wind Telecomunicazioni SpA
og
Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato
mod
Vodafone Italia SpA, tidligere Vodafone Omnitel NV
procedeltagere:
Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni,
Altroconsumo,
Vito Rizzo,
Telecom Italia SpA**

(anmodning om præjudiciel afgørelse indgivet af Consiglio di Stato (øverste domstol i forvaltningsretlige sager, Italien))

»Præjudiciel forelæggelse – forbrugerbeskyttelse – urimelig handelspraksis – aggressiv handelspraksis – levering uden forudgående anmodning – direktiv 2005/29/EF – artikel 3, stk. 4 – anvendelsesområde – telekommunikationstjenester – direktiv 2002/21/EF – direktiv 2002/22/EF – forhåndsindstilling af tjenester på et SIM-kort uden at oplyse forbrugeren herom«

1. I EU-retten er der en *almindelig* ordning til beskyttelse af forbrugere mod virksomheders urimelige handelspraksis, som er fastlagt i direktiv 2005/29/EF², og andre *sektorspecifikke* retsakter, som beskytter disse forbrugeres interesser på enkeltstående markedsområder.

2. En af disse sektorspecifikke retsakter er direktiv 2002/22/EF³, som beskytter rettighederne for brugere af kommunikationstjenester. Samspillet mellem dette direktiv og den generelle ramme⁴ for forbrugerbeskyttelse er ikke uproblematisk. For at løse problemerne i denne forbindelse bestemmer direktiv 2005/29, at dets bestemmelser ikke finder anvendelse i tilfælde af uoverensstemmelse med andre EU-bestemmelser om særlige aspekter af urimelig handelspraksis.

1 – Originalsprog: spansk.

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

3 – Europa-Parlamentets og Rådets direktiv af 7.3.2002 om forsyningspligt og brugerrettigheder i forbindelse med elektroniske kommunikationsnet og -tjenester (EFT 2002, L 108, s. 51), som ændret ved Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2009/136/EF af 25.11.2009 (EUT 2009, L 337, s. 11) (herefter »forsyningspligtdirektivet«).

4 – Ud over beskyttelsen mod virksomheders urimelige handelspraksis kan forbrugerne drage fordel af den beskyttelse, som følger af andre direktiver, såsom direktivet om forbrugerbeskyttelse i forbindelse med aftaler vedrørende fjernsalg eller direktivet om urimelige kontraktvilkår i forbrugeraftaler.

3. I de sager, som ligger til grund for de præjudicielle forelæggelser, skal det afgøres, hvilken retlig ordning der gør sig gældende for markedsføring af mobiltelefoner, hvis SIM-kort⁵ indeholder forhåndsindstillede funktioner eller tjenester, som forbrugerne ikke var blevet oplyst om på salgstidspunktet.

4. Den forelæggende ret ønsker i denne forbindelse og i det væsentlige at få oplyst, a) om denne adfærd i betragtning af direktiv 2005/29 udgør en »levering uden forudgående anmodning« eller en »aggressiv handelspraksis«, b) om betingelserne efter nævnte direktivs artikel 3, stk. 4, er opfyldt, for at *andre* EU-bestemmelser har forrang, og c) om nationale bestemmelser, der er vedtaget inden for det råderum, som medlemsstaterne er tillagt i henhold til EU-retten, kan sidestilles med sidstnævnte.

I. Retsforskrifter

A. EU-retten

1. Direktiv 2005/29

5. Artikel 2 bestemmer:

»I dette direktiv forstås ved:

[...]

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

[...]

j) »utilbørlig påvirkning«: udnyttelse af en magtposition i forhold til forbrugeren til at udøve pres selv uden anvendelse eller trusler om anvendelse af fysisk vold på en måde, som væsentligt begrænser forbrugeren evne til at træffe en informeret beslutning

[...]«

6. Artikel 3 er affattet som følger:

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

[...]

4. I tilfælde af uoverensstemmelse mellem dette direktivs bestemmelser og andre [EU-]bestemmelser om særlige aspekter af urimelig handelspraksis vil sidstnævnte gælde for de pågældende særlige aspekter.

[...]«

5 – SIM er det engelske akronym for *subscriber identity module* (abonnentidentitetsmodul).

7. Artikel 5 bestemmer:

»1. Urimelig handelspraksis forbydes.

2. En handelspraksis er urimelig, hvis:

a) den er i modstrid med kravet om erhvervsmæssig diligenpligt

og

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

[...]

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

a) vildledende, jf. artikel 6 og 7,

eller

b) aggressiv, jf. artikel 8 og 9.

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

8. Artikel 7, stk. 1, bestemmer:

»En handelspraksis betragtes som vildledende, hvis den i sin faktuelle sammenhæng, idet der tages hensyn til alle elementer og forhold og begrænsningerne ved kommunikationsmediet, udelader væsentlige oplysninger, som gennemsnitsforbrugeren har behov for i den pågældende situation for at træffe en informeret transaktionsbeslutning, og derved foranlediger gennemsnitsforbrugeren eller kan forventes at foranledige denne til at træffe en transaktionsbeslutning, som han ellers ikke ville have truffet.«

9. Artikel 8 bestemmer:

»En handelspraksis betragtes som aggressiv, hvis den i sin faktuelle sammenhæng, idet der tages hensyn til alle elementer og betingelser, ved chikane, tvang, herunder fysisk vold, eller utilbørlig påvirkning i væsentlig grad indskrænker eller kan forventes væsentligt at indskrænke gennemsnitsforbrugeren valgfrihed eller adfærd i forbindelse med produktet, og derved foranlediger ham til eller kan forventes at foranledige ham til at træffe en transaktionsbeslutning, som han ellers ikke ville have truffet.«

10. Artikel 9 nævner de elementer, der skal tages hensyn til, »[n]år det skal afgøres, hvorvidt der i en handelspraksis er anvendt chikane, tvang, herunder fysisk vold, eller utilbørlig påvirkning [...]«.

11. Bilag I, som opregner de »[f]ormer for handelspraksis, som under alle omstændigheder anses som urimelige«, anfører i punkt 29:

»Der afkræves omgående eller senere betaling for eller returnering eller oplagring af produkter, som den erhvervsdrivende har leveret, selv om forbrugeren ikke har anmodet herom, idet der dog gælder en undtagelse for erstatningsprodukter, der leveres i overensstemmelse med artikel 7, stk. 3, i direktiv 97/7/EF (levering uden forudgående anmodning).«

2. Direktiv 2002/21/EF⁶

12. Artikel 1, stk. 1, bestemmer:

»Dette direktiv fastlægger harmoniserede rammer for regulering af elektroniske kommunikationstjenester, elektroniske kommunikationsnet og tilhørende faciliteter og tjenester. Det fastsætter de nationale tilsynsmyndigheders opgaver og opstiller en række procedurer, der skal sikre, at rammebestemmelserne anvendes ensartet i hele [Unionen].«

13. Artikel 2, litra g), definerer begrebet »national tilsynsmyndighed« som følger:

»[...] den eller de instanser, der af en medlemsstat har fået til opgave at varetage de tilsynsopgaver, der pålægges i dette direktiv og i særdirektiverne«⁷.

14. Artikel 3 bestemmer:

»1. Medlemsstaterne sikrer, at alle opgaver, de nationale tilsynsmyndigheder får pålagt i dette direktiv og i særdirektiverne, varetages af et kompetent organ.

2. Medlemsstaterne garanterer de nationale tilsynsmyndigheders uafhængighed, idet de sikrer, at de er retligt adskilt fra og funktionelt uafhængige af alle organisationer, der udbyder elektroniske kommunikationsnet, elektronisk kommunikationsudstyr eller elektroniske kommunikationstjenester.
[...]

[...]

4. Medlemsstaterne offentliggør, hvilke opgaver der udføres af de nationale tilsynsmyndigheder, på en let tilgængelig måde, navnlig hvor disse opgaver er fordelt på flere organer. [...]

5. Nationale tilsynsmyndigheder og nationale konkurrencemyndigheder giver hinanden de oplysninger, der er nødvendige for at anvende bestemmelserne i dette direktiv og særdirektiverne. [...]

6. Medlemsstaterne meddeler Kommissionen, hvilke nationale tilsynsmyndigheder der har fået tildelt opgaver i henhold til dette direktiv og særdirektiverne samt disses respektive ansvarsområder.«

6 – Europa-Parlamentets og Rådets direktiv af 7.3.2002 om fælles rammebestemmelser for elektroniske kommunikationsnet og -tjenester (EFT 2001, L 108, s. 33) (herefter »rammedirektivet«).

7 – I henhold til litra l) i denne bestemmelse omfatter disse særdirektiver forsyningspligtdirektivet.

3. Forsyningspligt direktivet

15. Artikel 1 bestemmer:

»1. Inden for rammerne af [...] (rammedirektivet) vedrører nærværende direktiv udbud af elektroniske kommunikationsnet og -tjenester til slutbrugere. Formålet er, gennem effektiv konkurrence og valgmuligheder, at sikre, at offentligt tilgængelige tjenester af høj kvalitet er tilgængelige i hele [Unionen], samt at tage højde for de tilfælde, hvor slutbrugernes behov ikke opfyldes tilfredsstillende af markedet. [...]

2. Dette direktiv fastlægger slutbrugeres rettigheder og de tilsvarende forpligtelser for virksomheder, som udbyder offentligt tilgængelige elektroniske kommunikationsnet og -tjenester. [...]

[...]

4. Bestemmelserne i dette direktiv vedrørende slutbrugerrettigheder finder anvendelse med forbehold af [EU]-reglerne om forbrugerbeskyttelse, navnlig direktiv 93/13/EØF [⁸] og 97/7/EF [⁹], og nationale regler, der er i overensstemmelse med [EU]-retten.«

16. Artikel 20 bestemmer:

»1. Medlemsstaterne sikrer, at forbrugere og andre slutbrugere, der anmoder herom, når de abonnerer på tjenester, som giver tilslutning til et offentligt kommunikationsnet og/eller offentligt tilgængelige elektroniske kommunikationstjenester, har ret til en kontrakt med en virksomhed eller virksomheder, der leverer sådanne tilslutninger og/eller tjenester. Kontrakten skal på en klar, forståelig og lettilgængelig måde mindst specificere følgende:

a) virksomhedens navn og adresse

b) hvilke tjenester der leveres [...]

[...]

d) nærmere oplysninger om priser og takster [...]

[...]«

17. Artikel 21, stk. 1, bestemmer:

»Medlemsstaterne sikrer, at de nationale tilsynsmyndigheder har mulighed for at pålægge virksomheder, der udbyder offentligt tilgængelige elektroniske kommunikationsnet og/eller offentligt tilgængelige elektroniske kommunikationstjenester, at offentliggøre transparente, sammenlignelige, fyldestgørende og ajourførte oplysninger om gældende priser og takster, om eventuelle gebyrer ved opsigelse af en kontrakt samt om standardbetingelser og -vilkår for så vidt angår adgang til og anvendelse af de tjenester, de tilbyder slutbrugere og forbrugere, jf. bestemmelserne i bilag II. Disse oplysninger skal offentliggøres i en klar, forståelig og let tilgængelig form. [...]«

8 – Rådets direktiv af 5.4.1993 om urimelige kontraktvilkår i forbrugerftaler (EFT 1993, L 95, s. 29).

9 – Europa-Parlamentets og Rådets direktiv af 20.5.1997 om forbrugerbeskyttelse i forbindelse med aftaler vedrørende fjernsalg (EFT 1997, L 144, s. 19), som ændret ved Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2002/65/EF af 23.9.2002 (EFT 2002, L 271, s. 16).

B. National ret. Lovdekret nr. 206 af 6. september 2005¹⁰

18. Artikel 19, stk. 3, bestemmer:

»I tilfælde af uoverensstemmelse har direktivernes bestemmelser eller andre [EU-]bestemmelser og nationale gennemførelsesbestemmelser om særlige aspekter af urimelig handelspraksis forrang for bestemmelserne i dette kapitel og finder anvendelse på disse særlige aspekter.«

19. Artikel 27, stk. 1, fastlægger:

»Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato [¹¹] varetager de i denne artikel omhandlede beføjelser i egenskab af kompetent myndighed med henblik på anvendelsen af Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EF) nr. 2006/2004 af 27. oktober 2004 om samarbejde mellem nationale myndigheder med ansvar for håndhævelse af lovgivning om forbrugerbeskyttelse [¹²] inden for de lovbestemte rammer.«

20. Artikel 27, stk. 1a, bestemmer:

»Selv i regulerede sektorer [...] har [AGCM] enekompetencen til at iværksætte foranstaltninger mod erhvervsdrivendes adfærd, der udgør ukorrekt handelspraksis [...], idet myndigheden udøver denne kompetence i henhold til de i denne artikel fastlagte beføjelser efter indhentning af udtalelse fra den kompetente tilsynsmyndighed [...]«

21. Afsnit III (»slutbrugeres rettigheder«) i lov om elektronisk kommunikation¹³ indeholder en række bestemmelser til forbrugerbeskyttelse i den specifikke kommunikationssektor og tildeler Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni¹⁴ den respektive kompetence til at fastsætte regler og sanktioner.

II. De faktiske omstændigheder

22. AGCM udstedte bøder til virksomhederne Wind Telecomunicazioni (nu Wind Tre) og Vodafone Omnitel (nu Vodafone Italia) for aggressiv handelspraksis, der bestod i markedsføring af SIM-kort med forhåndsindstillede tjenester¹⁵, som forbrugerne ikke var blevet oplyst om.

23. Tribunale amministrativo regionale del Lazio (den regionale forvaltningsdomstol for Lazio, Italien), for hvilken de to virksomheder indbragte AGCM's afgørelse, tog søgsmålet til følge, idet retten var af den opfattelse, at AGCM ikke havde kompetence til at sanktionere en adfærd (levering af tjenester uden forudgående anmodning), som er omfattet af AGComs sanktioneringskompetence.

24. AGCM iværksatte appel til prøvelse af dommen i første instans ved sjette afdeling ved Consiglio di Stato (øverste domstol i forvaltningsretlige sager, Italien), som besluttede at udsætte sagen og foretage en forelæggelse for plenarforsamlingen ved Consiglio di Stato (øverste domstol i forvaltningsretlige sager).

10 – Decreto Legislativo 6 settembre 2005, n. 206. Codice del consumo, a norma dell'articolo 7 della legge 29 luglio 2003, n. 229 (lovdekret nr. 206 af 6.9.2005. Lov om forbrug i henhold til artikel 7 i lov nr. 229 af 29.7.2003) (GURI nr. 235 af 8.10.2005) (herefter »lov om forbrug«).

11 – Den italienske konkurrencemyndighed (herefter »AGCM«).

12 – EUT 2004, L 364, s. 1.

13 – Lovdekret nr. 259 af 1.8.2003 (GURI nr. 214 af 15.9.2003), som bl.a. gennemfører rammedirektivet og forsyningspligt-direktivet.

14 – Tilsynsmyndigheden for kommunikation (herefter »AGCom«).

15 – I forelæggelsesafgørelsen anvendes formuleringen »servizi preimpostati« til at kvalificere funktionerne på SIM-kortet, som brugeren skulle aktivere efterfølgende ved at foretage de handlinger, der er nødvendige for at kunne anvende tjenesterne. Der kan i denne henseende også tales om forhåndsindstillede tjenester.

25. Den 9. februar 2016 traf plenarforsamlingen ved Consiglio di Stato (øverste domstol i forvaltningsretlige sager) afgørelse om, at AGCM havde kompetence. Den var i det væsentlige af den opfattelse:

- at det omtvistede tilfælde udgjorde »handelspraksis, der under alle omstændigheder betragtes som aggressiv« som omhandlet i artikel 26 i lov om forbrug
- at selv om denne praksis også omfattede manglende overholdelse af forpligtelser, der følger af sektorbestemmelser (såsom lov om elektronisk kommunikation), forelå der et særtilfælde som følge af optrapning af forskellige former for krænkende adfærd, således at den oprindelige tilsidesættelse af rene oplysningsforpligtelser endte med at blive en mere alvorlig og omfattende overtrædelse, som sanktioneres i lov om forbrug, og som AGCM derfor har kompetence til at sanktionere.

26. For at nå til denne konklusion anlagde plenarforsamlingen ved Consiglio di Stato (øverste domstol i forvaltningsretlige sager) en anderledes fortolkning af specialitetsprincippet i forhold til tidligere retspraksis. Plenarforsamlingen begrundede denne ændring, idet den anførte, at dette følger af nævnte princip, der er fastlagt i direktiv 2005/29, hvis forkerte anvendelse Kommissionen havde kritiseret i en traktatbrudssag mod Italien.

27. Sagen blev hjemvist til sjette afdeling ved Consiglio di Stato (øverste domstol i forvaltningsretlige sager), som har forelagt Domstolen de samme præjudicielle spørgsmål i de to sager.

III. De forelagte spørgsmål

28. De præjudicielle spørgsmål lyder som følger:

- »1) Er artikel 8 og 9 i [...] direktiv 2005/29 [...] til hinder for en fortolkning af de tilsvarende nationale gennemførelsesbestemmelser (og navnlig henholdsvis artikel 24 og 25 i Codice del consumo (lov om forbrug)), ifølge hvilken praksis fra en telefonoperatør, der består i udeladelse af oplysninger vedrørende forhåndsindstilling af visse telefontjenester (eksempelvis telefonsvarer eller navigering på internettet) på SIM-kortet, og i særdeleshed såfremt telefonoperatøren ikke kan gøres ansvarlig for yderligere særskilt konkret adfærd, kan kvalificeres som »utilbørlig påvirkning« og således som »aggressiv handelspraksis«, der kan forventes »væsentligt« at indskrænke gennemsnitsforbrugerens valgfrihed eller adfærd?
- 2) Kan punkt 29 i bilag I til direktiv 2005/29 [...] fortolkes således, at der foreligger »levering uden forudgående anmodning«, såfremt en mobiltelefonoperatør lader sin kunde betale tjenester i form af telefonsvarer eller navigering på internettet i en situation, som er kendetegnet ved, at
 - telefonoperatøren på tidspunktet for indgåelse af kontrakter om mobiltelefoni ikke korrekt har oplyst forbrugeren om, at tjenesterne i form af telefonsvarer og navigering på internettet er forhåndsindstillet på SIM-kortet, hvilket bevirker, at disse tjenester potentielt kan benyttes af forbrugeren uden specifik indstilling (*setting*)
 - forbrugeren for reelt at benytte disse tjenester under alle omstændigheder skal foretage de nødvendige handlinger (eksempelvis indtaste nummeret på telefonsvareren eller betjene de kommandoer, som aktiverer navigering på internettet)
 - operatøren ikke kan gøres ansvarlig for dels den tekniske og operationelle fremgangsmåde ved forbrugeren reelle brug af tjenesterne, dels oplysningerne om disse fremgangsmåder og prisen for tjenesterne, men udelukkende for den omhandlede udeladelse af oplysninger vedrørende forhåndsindstillingen af tjenesterne på SIM-kortet?

- 3) Er formålet med det »almindelige« direktiv 2005/29 [...] i sin egenskab af »sikkerhedsnet« for forbrugerbeskyttelse samt tiende betragtning til og artikel 3, stk. 4, i samme direktiv 2005/29 [...] til hinder for nationale bestemmelser, hvorefter vurderingen af overholdelsen af særlige forpligtelser ifølge sektordirektiv 2002/22/EF om forbrugerbeskyttelse henhører under anvendelsesområdet for det almindelige direktiv 2005/29 [...] om ukorrekt handelspraksis, hvilket bevirker, at myndigheden med kompetence til at iværksætte foranstaltninger mod overtrædelser af sektordirektivet afskæres fra at gribe ind i alle de tilfælde, hvor der også er tale om ukorrekt/urimelig handelspraksis?
- 4) Skal specialitetsprincippet i artikel 3, stk. 4, i direktiv 2005/29 [...] opfattes som et princip, der regulerer forholdene mellem lovgivninger (almindelig lovgivning og sektorlovgivninger), forholdene mellem bestemmelser (almindelige bestemmelser og specifikke bestemmelser) eller forholdene mellem myndigheder med kompetence til regulering af og tilsyn med de respektive sektorer?
- 5) Kan der kun være tale om begrebet »uoverensstemmelse« i artikel 3, stk. 4, i direktiv 2005/29 [...] i tilfælde af radikal modstrid mellem bestemmelserne i lovgivningen om ukorrekt handelspraksis og andre EU-retlige bestemmelser, som regulerer særlige sektorbaserede aspekter af handelspraksis, eller er det tilstrækkeligt, at de pågældende bestemmelser indeholder en afvigende regulering fra lovgivningen om ukorrekt handelspraksis i forhold til den særlige karakter ved sektoren i et sådant omfang, at der opstår en kollision mellem bestemmelser (Normenkollision) i relation til en og samme konkrete situation?
- 6) Henviser begrebet »[EU-]bestemmelser« i artikel 3, stk. 4, i direktiv 2005/29 [...] kun til bestemmelserne i EU-retlige forordninger og direktiver samt bestemmelserne til direkte gennemførelse heraf, eller omfatter det også nationale lovgivnings- og reguleringsbestemmelser, der gennemfører EU-retlige principper?
- 7) Er dels specialitetsprincippet i tiende betragtning til og artikel 3, stk. 4, i direktiv 2005/29 [...], dels artikel 20 og 21 i direktiv 2002/22 [...] samt artikel 3 og 4 i direktiv 2002/21 [...] til hinder for en fortolkning af de tilsvarende nationale gennemførelsesbestemmelser, hvorefter det antages, at den almindelige lovgivning om ukorrekt handelspraksis altid skal anvendes i alle tilfælde, hvor der i en reguleret sektor – kendetegnet ved en »forbrugerorienteret« sektorlovgivning, og hvor den sektorspecifikke myndighed er tildelt kompetencen til at fastsætte regler og sanktioner – udvises en adfærd, som kan henhøre under begrebet »aggressiv handelspraksis« som omhandlet i artikel 8 og 9 i direktiv 2005/29 [...] eller handelspraksis, »der under alle omstændigheder betragtes som aggressiv« i henhold til bilag I til direktiv 2005/29 [...], og dette herunder i det tilfælde, hvor der foreligger en sektorlovgivning til forbrugerbeskyttelse, der er baseret på EU-retlige bestemmelser og fuldt ud regulerer samme »aggressive handelspraksis«, handelspraksis, »der under alle omstændigheder betragtes som aggressiv«, eller i alle tilfælde »ukorrekt handelspraksis«?

IV. Retsforhandlingerne for Domstolen

29. De præjudicielle spørgsmål indgik til Domstolen den 1. februar 2017, og det blev besluttet at forene sagerne.

30. Wind Tre, Vodafone Italia, Telecom Italia, den italienske regering og Kommissionen har afgivet skriftlige indlæg og deltog ligeledes i retsmødet den 8. marts 2018.

V. Bedømmelse

A. Indledende betragtninger

31. Selv om ingen af parterne har rejst tvivl herom, bør jeg minde om, at Domstolen¹⁶ har anerkendt, at sjette afdeling ved Consiglio di Stato (øverste domstol i forvaltningsretlige sager) har kompetence til at forelægge et præjudicielt spørgsmål, hvori den anfører et synspunkt, som ikke nødvendigvis stemmer overens med det af nævnte institutions plenarforsamling anførte synspunkt.

32. For så vidt angår tvistens realitet er alle sagens parter enige om, at de syv spørgsmål, som den forelæggende ret har formuleret, kan samles i to spørgsmål:

- Det første (det første og det andet spørgsmål) har til formål at afklare, hvorvidt telefonoperatørernes adfærd i henhold til direktiv 2005/29 kan kvalificeres som en »levering uden forudgående anmodning« eller en »aggressiv handelspraksis«.
- Det andet (det tredje til det syvende spørgsmål) har til formål at afklare, hvorvidt bestemmelserne i direktiv 2005/29 i henhold til dets artikel 3, stk. 4, skal vige for andre EU-bestemmelser og eventuelt for nationale bestemmelser til gennemførelse af direktivets bestemmelser.

B. Begreberne »aggressiv handelspraksis« og »levering uden forudgående anmodning« (det første og det andet spørgsmål)

33. Det bør i første række afgøres, om den omtvistede adfærd udgør en »urimelig handelspraksis«, som i henhold til artikel 5, stk. 1, i direktiv 2005/29 er forbudt¹⁷.

1. Sammenfatning af parternes bemærkninger

34. For så vidt angår det første spørgsmål har Wind Tre gjort gældende, at det, som efter dette selskabs opfattelse blot er en »udeladelse af oplysninger« om forhåndsindstillede tjenester på et SIM-kort, ikke kan kvalificeres som »aggressiv handelspraksis« i betragtning af artikel 2, litra j), og artikel 8 og 9 i direktiv 2005/29.

35. For så vidt angår det andet spørgsmål har Wind Tre gjort gældende, at punkt 29 i bilag I til direktiv 2005/29 ikke finder anvendelse, eftersom brugeren skal foretage visse handlinger for at få adgang til tjenesterne. Desuden er selve forhåndsindstillingen af tjenesterne ikke blevet kritiseret, og det diskuteres heller ikke, hvorvidt oplysningerne om forekomsten af, fremgangsmåderne ved og prisen for tjenesterne i sig selv er passende.

36. Ifølge Vodafone Italia udgør den blot passive adfærd i form af markedsføring af SIM-kort med forhåndsindstillede basistjenester, som det kun påhviler forbrugeren at betale for, såfremt denne bruger dem bevidst og frivilligt, ikke »aggressiv handelspraksis«. Der foreligger heller ikke faktuelle forhold, der gør det muligt at bevise, at der forekommer utilbørlig påvirkning eller pres.

16 – Dom af 5.4.2016, PFE (C-689/13, EU:C:2016:199, præmis 36), hvorefter det præjudicielle spørgsmål antages til behandling, når »en afdeling i en ret, der træffer afgørelse i sidste instans, [...] ikke mener at være enig i den linje, der lægges i en afgørelse af denne rets plenarforsamling«, for så vidt angår et juridisk spørgsmål, der vedrører fortolkningen eller gyldigheden af EU-retten.

17 – Det står fast, at den omtvistede adfærd i disse sager er en »handelspraksis« i henhold til artikel 2, litra d), i direktiv 2005/29. Det er efter min opfattelse ikke nødvendigt at gøre rede for begrundelsen for denne kvalificering, eftersom dette direktiv i overensstemmelse med Domstolens praksis er kendetegnet ved et særligt bredt materielt anvendelsesområde, hvilket de af generaladvokat Saugmandsgaard Øe nævnte tilfælde i forslag til afgørelse Dyson (C-632/16, EU:C:2018:95, punkt 75, fodnote 23) vidner om.

37. For så vidt angår det første spørgsmål har Telecom Italia anført, at en »aggressiv handelspraksis« indebærer, at den erhvervsdrivende udøver positiv adfærd, der adskiller sig fra simple handlinger eller udeladelser af oplysninger, og som kan tvinge en gennemsnitsforbruger til at træffe forretningsbeslutninger uden at være overbevist om, at de er til dennes fordel. Efter Telecom Italias opfattelse kan en erhvervsdrivendes simple udeladelse af væsentlige oplysninger således ikke kvalificeres som »utilbørlig påvirkning«.

38. Med hensyn til det andet spørgsmål har Telecom Italia anført, at der under de i denne sag omhandlede omstændigheder ikke kan være tale om en »levering uden forudgående anmodning«.

39. Den italienske regering har foreslået, at det første og det andet spørgsmål behandles samlet på grundlag af AGCM's retlige kvalificering af de faktiske omstændigheder. Efter dens opfattelse indeholder direktiv 2005/29 en tilstrækkeligt tydelig definition af de elementer, der udgør aggressiv handelspraksis, som ikke blot karakteriseres ved deres betydning for forbrugerens mulighed for at opnå den viden, der gør det muligt for denne at træffe en velinformeret beslutning, men især ved at de påtvinger en ændring af forbrugerens vilje.

40. Ifølge den italienske regering kræver aggressiv handelspraksis, at funktionelle og strukturelle betingelser er opfyldt. Sidstnævnte omfatter utilbørlig påvirkning som omhandlet i artikel 2, litra j), i direktiv 2005/29, som kan være et resultat af virksomhedens bevidste udnyttelse af informationsasymmetrier til egen fordel.

41. Efter den italienske regerings opfattelse kan de manglende oplysninger i forbindelse med salget af SIM-kortet ikke sidestilles med udeladelse af oplysninger som omhandlet i artikel 7 i direktiv 2005/29 (vildledende handelspraksis). Det er ikke relevant, at virksomheden ikke har udøvet yderligere særskilt konkret adfærd, for så vidt som dette, takket være forhåndsindstillingen af tjenesterne, ikke er nødvendigt for at udøve den »adfærd«, som tidligere er blevet defineret som »udnyttelse af en magtposition«.

42. Kommissionen har anført, at der i denne sag er tale om en »levering uden forudgående anmodning« som omhandlet i punkt 29 i bilag I til direktiv 2005/29. Den kritisable adfærd består ikke så meget i, at virksomheden har stillet visse tjenester til rådighed for forbrugeren, som denne kunne vælge at aktivere, som i, at den har forhåndsindstillet – altså i praksis har pålagt forbrugeren – disse tjenester uden at oplyse denne klart og tilstrækkeligt herom.

43. På denne baggrund er Kommissionen af den opfattelse, at det ville være formålsløst at besvare det første spørgsmål. Kommissionen har imidlertid subsidiært anført, at der for at kvalificere adfærden som aggressiv handelspraksis som omhandlet i artikel 8 og 9 i direktiv 2005/29 ikke blot skal foretages en vurdering af de i sidstnævnte artikel nævnte elementer, men derimod af alle de i sagen relevante elementer, hvilket tilkommer den nationale ret.

2. Bedømmelse

44. Idet den af den forelæggende ret foreslåede rækkefølge ændres, er det efter min opfattelse relevant først at undersøge, hvorvidt den omtvistede adfærd svarer til begrebet »levering uden forudgående anmodning«. Såfremt dette er tilfældet, er en af de to betingelser for, at denne adfærd kan kvalificeres som »under alle omstændigheder urimelig« – for at anvende formuleringen i artikel 5, stk. 5, i direktiv 2005/29, som henviser til den (sorte) liste over praksis i direktivets bilag I – opfyldt. Hvis leverandøren desuden ulovligt kræver betaling for denne tjeneste, er den anden af de i listen anførte betingelser opfyldt, hvilket gør det overflødigt at undersøge, hvorvidt denne adfærd henhører under andre bestemmelser i direktiv 2005/29.

a) Begrebet »levering uden forudgående anmodning«

45. I henhold til punkt 29 i bilag I til direktiv 2005/29 udgør et krav om »omgående eller senere betaling for eller returnering eller oplagring af produkter, som den erhvervsdrivende har leveret, selv om forbrugeren ikke har anmodet herom [...] (levering uden forudgående anmodning)«, i henhold til samme direktivs artikel 5, stk. 5, en urimelig handelspraksis »under alle omstændigheder«¹⁸. Denne adfærd forudsætter således, at der ikke er blevet anmodet om produkterne, samt, hvad der er nok så afgørende, at den erhvervsdrivende kræver betaling herfor (eller returnering eller oplagring heraf)¹⁹.

46. I overensstemmelse med 17. betragtning til direktiv 2005/29 kræver de former for handelspraksis, der under alle omstændigheder anses for urimelige, ikke, at de »først i hvert enkelt tilfælde [er] blevet vurderet i forhold til bestemmelserne i artikel 5-9 [i direktiv 2005/29]«.

47. Det fremgår af ordlyden af det andet præjudicielle spørgsmål i denne sag, at »telefonoperatøren [...] ikke korrekt har oplyst forbrugeren om, at tjenesterne i form af telefonsvarer og navigering på internettet er forhåndsindstillet på SIM-kortet, hvilket bevirker, at disse tjenester potentielt kan benyttes af forbrugeren uden specifik indstilling (*setting*)«. Der var således tale om en »levering« af to tjenester (telefonsvarer og navigering på internettet), som brugeren efterfølgende kunne få adgang til. En levering, som det tilsyneladende ikke kan siges, at der er blevet »oplyst« om. Spørgsmålet er, om denne omstændighed i sig selv medfører, at der også er tale om en »levering uden forudgående anmodning«.

48. Det høje forbrugerbeskyttelsesniveau, som direktiv 2005/29 ifølge dets artikel 1 tilsigter, taler efter min opfattelse for en fortolkning af begrebet »anmodning om levering«, ifølge hvilken en levering, om hvilken der ikke engang foreligger en så afgørende oplysning som prisen for dens ydelse²⁰ eller oplysninger om, at den overhovedet findes, kan kvalificeres som en levering »uden forudgående anmodning«.

49. Forud for leveringen af en tjeneste eller en vare skal der foreligge oplysninger, der er tilstrækkelige til, at forbrugeren kan »træffe en informeret transaktionsbeslutning«, jf. ordlyden af artikel 7 i direktiv 2005/29²¹. Den vigtigste oplysning vedrører naturligvis den vare eller den tjeneste, som den erhvervsdrivende er forpligtet til at levere eller tilvejebringe: Beskrivelsen heraf skal være i overensstemmelse med det, som forbrugeren har anmodet om, eller som den erhvervsdrivende har tilbudt denne. Under alle omstændigheder, hvad enten der er tale om en anmodning eller et tilbud, skal den genstand, som oplysningerne vedrører, svare til, hvad parterne har aftalt.

50. På grund af den høje beskyttelse, som direktiv 2005/29 søger at give forbrugerne, kan der kun undtagelsesvis gives mulighed for, at der stiltiende accepteres en levering, som forbrugeren ikke udtrykkeligt er blevet oplyst om.

18 – Jf. dom af 14.1.2010, Plus Warenhandelsgesellschaft (C-304/08, EU:C:2010:12, præmis 45), og af 9.11.2010, Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag (C-540/08, EU:C:2010:660, præmis 34).

19 – Selv om punkt 29 i bilag I til direktiv 2005/29 henviser til visse handlinger, som kun er mulige med hensyn til varer (f.eks. returnering eller oplagring), omfatter det ligeledes tjenesteydelser, som er en underkategori af begrebet *produkt*, der i artikel 2, litra c), er defineret som »en vare eller tjenesteydelse«.

20 – Jf. bl.a. dom af 26.10.2016, Canal Digital Danmark (C-611/14, EU:C:2016:800, præmis 55).

21 – I denne forbindelse anføres det i præmis 40 i dom af 7.9.2016, Deroo-Blanquart (C-310/15, EU:C:2016:633), at »det er af afgørende vigtighed for forbrugeren, at han før indgåelsen af en kontrakt informeres om kontraktbestemmelserne og konsekvenserne af denne indgåelse. Det er bl.a. på baggrund af disse oplysninger, at forbrugeren tager stilling til, om han ønsker at indgå en aftale med en erhvervsdrivende og være bundet af de vilkår, som denne erhvervsdrivende forinden har udarbejdet (dom af 30.4.2014, Kásler og Káslerné Rábai, C-26/13, EU:C:2014:282, præmis 70)«.

51. I denne sag blev SIM-kortene solgt med henblik på, at de skulle indsættes i smartphones. Således forekommer det vanskeligt, at en almindeligt oplyst gennemsnitsforbruger, således som den forelæggende ret har anført, kan være uvidende om, at de to tjenester aktiveres ved at »indtaste nummeret på telefonsvareren eller betjene de kommandoer, som aktiverer navigering på internettet«. Dette forudsætter logisk set, at forbrugeren ligeledes vidste eller burde vide, at disse tjenester var blevet installeret på telefonen. Idet brugeren ikke kunne se bort fra denne omstændighed, kan dennes anvendelse af begge tjenester sidestilles med en stiltiende accept af leveringen heraf²².

52. Således som Kommissionen har anført²³, kan visse applikationer til mobiltelefoner imidlertid indebære et automatisk forbrug af internettrafik uden indblanding fra forbrugers side og ligeledes uden, at denne har kendskab hertil²⁴. Dette kan ganske vist undgås ved at omkonfigurere telefonen ved hjælp af den såkaldte »opt-out«-funktion, men dette forudsætter viden og færdigheder, som efter min opfattelse ikke er i overensstemmelse med begrebet »gennemsnitsforbruger«²⁵, som direktiv 2005/29 henviser til.

53. Uanset at det tilkommer den forelæggende ret at efterprøve dette i betragtning af de faktiske omstændigheder, som den i sidste ende anser for bevist, er jeg af den opfattelse, at en gennemsnitsforbruger ikke har rimelig grund til at nære mistanke om, at dennes elektroniske anordning kan indeholde en tjeneste, som denne ikke er blevet informeret om, og som vedkommende kun kan deaktivere ved at foretage en omkonfigurering, som denne helt sikkert ikke er i stand til.

54. Derfor kan det i princippet ikke udelukkes, at der i denne sag har været en »levering [af tjenester] uden forudgående anmodning«.

55. Dette er imidlertid ikke i sig selv tilstrækkeligt til, at den omtvistede adfærd kan kvalificeres som en »urimelig handelspraksis« i overensstemmelse med punkt 29 i bilag I til direktiv 2005/29.

56. Det er nemlig ikke tilstrækkeligt, at forbrugeren ikke har anmodet om den omhandlede levering. Det er desuden påkrævet, at den erhvervsdrivende *kræver* betaling for denne tjeneste.

57. Efter min opfattelse kan *betalingskravet* i nævnte bestemmelse kun være et *utilbørligt krav*, idet det udspringer af en levering, som der ikke er givet samtykke til, hvilket er tilfældet, når der end ikke er blevet anmodet herom.

58. I denne sag, og atter ifølge de af den forelæggende ret tilvejebragte oplysninger, forekommer det imidlertid, at *der som sådan kan være givet samtykke til den betaling, som forbrugerne afkræves*, selv om der ikke er givet samtykke til forhåndsindstillingen af de omtvistede tjenester og dermed leveringen heraf. Den forelæggende ret har i denne henseende anført, at »operatøren ikke kan gøres ansvarlig for

22 – Ordlyden af den forelæggende rets spørgsmål desangående kan give anledning til en vis uklarhed. Efter at have konstateret, at de omtvistede tjenester »er forhåndsindstillet«, præciserer Consiglio di Stato (øverste domstol i forvaltningsretlige sager), at »forbrugeren for reelt at benytte disse tjenester under alle omstændigheder skal foretage de nødvendige handlinger«, og konstaterer andetsteds, at »disse tjenester potentielt kan benyttes af forbrugeren uden specifik indstilling«. Det fremgår af præmis 13.1 i forelæggelsesafgørelsen i sag C-54/17, at »forhåndsindstillingen af tjenesterne på SIM-kortet, som forbrugeren har købt med henblik på den faktiske benyttelse af tjenesterne, kræver en selvstændig handling fra brugeren«, altså en selvstændig handling, som set i lyset af nævnte præmis 13.1 adskiller sig fra at indtaste nummeret på telefonsvareren eller betjene de kommandoer, som aktiverer navigering på internettet. Det tilkommer den forelæggende ret at afklare denne omstændighed.

23 – Punkt 56 og 57 i Kommissionens skriftlige indlæg.

24 – Ud over procedurerne for opdatering af baggrundsapplikationer kan visse lokaliseringsfunktioner aktiveres utilsigtet (hvilket desuden medfører risici for så vidt angår privatlivets fred).

25 – Som ifølge dom af 12.5.2011, Ving Sverige (C-122/10, EU:C:2011:299, præmis 22), defineres som »en under hensyntagen til sociale, kulturelle og sproglige forhold almindeligt oplyst, rimeligt opmærksom og velunderrettet gennemsnitsforbruger«. Det er under ingen omstændigheder »et statistisk begreb«, hvilket understreges i 18. betragtning til direktiv 2005/29. »[N]ationale domstole og myndigheder [...] skal [selv] foretage en vurdering med henblik på at bestemme denne forbrugers typiske reaktion i en given situation«, jf. dom af 26.10.2016, Canal Digital Danmark (C-611/14, EU:C:2016:800, præmis 39).

dels den tekniske og operationelle fremgangsmåde ved forbrugers reelle brug af tjenesterne, *dels oplysningerne om disse fremgangsmåder og prisen for tjenesterne*, men udelukkende for den omhandlede udeladelse af oplysninger vedrørende forhåndsindstillingen af tjenesterne på SIM-kortet»²⁶.

59. Hvis denne konstatering svarer til virkeligheden, har operatøren på en måde, som den ifølge den forelæggende ret ikke *kan gøres ansvarlig for*, givet forbrugeren tilstrækkelige oplysninger om både de tekniske og operationelle *fremgangsmåder* for brugen af de forhåndsindstillede tjenester samt om *prisen* for tjenesterne. I denne forbindelse kan en gennemsnitsforbruger, som ikke nødvendigvis kan forventes at besidde den teknologiske viden, som jeg nævnte tidligere, udlede, at det erhvervede SIM-kort kan indeholde tjenester, som det ellers ikke ville give nogen mening at oplyse forbrugeren om prisen på.

60. Det tilkommer den nationale ret at afgøre, hvorvidt oplysningerne om priserne for meddelelses- og internettjenesterne blev givet på en måde, der ikke medførte tvivl om, at disse tjenester var forhåndsindstillede, samt at brugen af dem medførte en udgift, som brugeren var eller burde være bevidst om, netop på grundlag af de oplysninger, som denne modtog i forbindelse med købet af SIM-kortet. I denne situation kan »kravet om betaling« for levering af disse to tjenester, forud for hvilken der skal foreligge passende oplysninger om prisen herfor, ikke falde ind under punkt 29 i bilag I til direktiv 2005/29.

b) Begrebet »aggressiv handelspraksis«

61. Udgør en udeladelse af oplysninger om forhåndsindstillingen af de omtvistede tjenester, »såfremt telefonoperatøren ikke kan gøres ansvarlig for yderligere særskilt konkret adfærd«, en »aggressiv handelspraksis«, som »væsentligt [kan] indskrænke gennemsnitsforbrugers valgfrihed eller adfærd«?

62. Artikel 8 i direktiv 2005/29 definerer en handelspraksis som »aggressiv«, når den, henset til alle sagens kendetegn og faktiske omstændigheder, fremkalder et bestemt resultat ved hjælp af bestemte metoder.

63. Dette resultat skal medføre en reel eller potentiel begrænsning af forbrugers valgfrihed for så vidt angår produktet, der er så »væsentlig«, at den udmønter sig i eller kan udmønte sig i en beslutning, som sidstnævnte i modsat fald ikke ville have truffet. I denne henseende skal der i henhold til denne bestemmelse være anvendt »chikane, tvang, herunder fysisk vold, eller utilbørlig påvirkning«.

64. Den udeladelse af oplysninger, som telefonoperatørerne beskyldes for i denne sag, falder ikke ind under nogen af disse metoder i betragtning af de faktorer, som artikel 9 i direktiv 2005/29 opregner med henblik på at afgøre, hvorvidt en handelspraksis anvender chikane, tvang eller utilbørlig påvirkning²⁷. Jeg er af den opfattelse, at både chikane og tvang – og naturligvis fysisk vold – indebærer en aktiv adfærd, som ikke forekommer i forbindelse med udeladelse af oplysninger.

26 – Min fremhævelse. I retsmødet var der lejlighed til at se nærmere på dette punkt i forlængelse af Wind Tres anbringender i dennes skriftlige indlæg, hvis fodnote 30 indeholder oplysninger om de priser og tariffer, der fremgår af salgsopstillingerne for de leverede kort til henholdsvis købere og distributører samt af produktemballagen.

27 – Det drejer sig om: »a) tidspunktet for denne handelspraksis, stedet hvor den har fundet sted, dens karakter og vedholdenhed, b) anvendelse af truende eller utilbørligt sprog eller adfærd, c) den erhvervsdrivendes udnyttelse af en konkret uheldig situation eller omstændighed, der er af en så alvorlig karakter, at den indskrænker forbrugers vurderingsevne, og som den erhvervsdrivende har kendskab til og udnytter til at påvirke forbrugers beslutning i forbindelse med produktet, d) byrdefulde eller uforholdsmæssigt omfattende hindringer af ikke-kontraktuel karakter, som den erhvervsdrivende opstiller, når en forbruger ønsker at udøve sine rettigheder i henhold til kontrakten [...], e) trusler om at træffe foranstaltninger, som ifølge loven ikke kan træffes«.

65. Det er imidlertid muligt, at der ved hjælp af en udeladelse, såfremt den er afgørende for forbrugerens beslutning, kan udøves en »utilbørlig påvirkning«. Den i artikel 8 og 9 i direktiv 2005/29 nævnte påvirkning er imidlertid ikke blot et resultat af vildledning – dvs. den i samme direktivs artikel 7 omhandlede adfærd – men derimod en påvirkning, der ved hjælp af et *pres* aktivt forårsager en tvungen ændring af forbrugerens vilje²⁸.

66. Den italienske regering har gjort gældende, at selve forhåndsindstillingen og den efterfølgende betalingsforpligtelse for forbrugerens, som har anvendt de forhåndsindstillede tjenester – snarere end udeladelsen af oplysninger om disse tjenester – indebærer, at den erhvervsdrivende har udnyttet sin magtposition.

67. Jeg er imidlertid af den opfattelse, at på samme måde som den mulighed for at påvirke, som er forbundet med en udeladelse, ikke må forveksles med »utilbørlig påvirkning« som omhandlet i artikel 8 i direktiv 2005/29, er det også nødvendigt at sondre mellem to aspekter af magtpositionen:

- på den ene side udnyttelsen af en magtposition, som gør det muligt for den erhvervsdrivende at begrænse forbrugerens valgfrihed i forbindelse med erhvervelsen af et produkt
- på den anden side den magtposition, som den erhvervsdrivende i retlig henseende befinder sig i, når aftalen er indgået, idet denne kan afkræve forbrugerens en modydelse, som sidstnævnte har forpligtet sig til ved at indgå aftalen.

68. »Aggressiv handelspraksis« består i adfærd, der ved at udnytte forbrugerens svagere stilling i forhold til den erhvervsdrivende²⁹ og benytte sig af en magtposition, som er opnået ulovligt – ved hjælp af chikane, tvang, fysisk vold eller proaktiv påvirkning – indskrænker forbrugerens frihed og får den pågældende til at indgå en aftale, som denne ikke ville indgå, hvis ikke det var for denne ulovlige fordel.

69. Netop idet indgåelsen af en aftale indebærer, at parterne påtager sig visse forpligtelser, som modparten legitimt kan kræve opfyldt ad rettens vej, beskytter direktiv 2005/29 forbrugerens frihed til at handle på et informeret grundlag og udelukkende påtage sig de forpligtelser, som denne under udøvelsen af denne frihed er klar til at påtage sig. Direktivet yder således ikke beskyttelse mod de retlige forpligtelser, som forbrugerens allerede frit har påtaget sig, men derimod mod, at denne påtager sig forpligtelser som følge af en urimelig handelspraksis.

70. For at afgøre, om udeladelsen af oplysninger om forhåndsindstillingen af tjenester udgør en aggressiv handelspraksis, er det således relevant, om den erhvervsdrivende med denne udeladelse har indskrænket forbrugerens valgfrihed og har tvunget den pågældende til at acceptere aftalemæssige forpligtelser, som denne under andre omstændigheder ikke ville acceptere. Det er derimod ikke relevant, om den erhvervsdrivende i henhold til den allerede indgåede aftale kan påberåbe sig de af aftalen afledte rettigheder over for forbrugerens (f.eks. betaling af tjenesterne). Det drejer sig dermed i sidste ende om, at den erhvervsdrivende på ingen måde må udnytte en (retlig) magtposition, der følger af en aftale.

71. Når alt kommer til alt, er jeg af den opfattelse, at den i sagen omhandlede adfærd ikke opfylder betingelserne for aggressiv handelspraksis som omhandlet i artikel 8 og 9 i direktiv 2005/29.

28 – I medfør af artikel 2, litra j), i direktiv 2005/29 er der tale om en adfærd, der består i »udnyttelse af en magtposition i forhold til forbrugerens« med henblik på at »udøve pres selv uden anvendelse eller trusler om anvendelse af fysisk vold på en måde, som væsentligt begrænser forbrugerens evne til at træffe en informeret beslutning«. Det er således ikke tilstrækkeligt at vildlede forbrugerens og få denne til fejlagtigt at tro, at denne handler frit og informeret, men derimod at denne tvinges til at handle mod sin vilje.

29 – Dom af 16.4.2015, UPC Magyarorszá (C-388/13, EU:C:2015:225, præmis 53).

C. Samspillet mellem direktiv 2005/29 og andre bestemmelser om særlige aspekter af urimelig handelspraksis (det tredje til det syvende spørgsmål)

72. Det svar, som jeg har foreslået, at der gives på de to første præjudicielle spørgsmål, gør det i realiteten overflødigt at behandle de øvrige spørgsmål. Jeg vil ikke desto mindre behandle dem subsidiært.

1. Sammenfatning af parternes bemærkninger

73. Wind Tre har foretaget en særskilt undersøgelse af rækkevidden af specialitetsprincippet, begrebet »uoverensstemmelse« og begrebet »[EU-]regler«.

74. For så vidt angår *lex specialis*-princippet har Wind Tre anført, at når et område er reguleret udtømmende af nationale bestemmelser (som f.eks. bestemmelserne til gennemførelse af forsyningspligt-direktivet eller de af de nationale tilsynsmyndigheder vedtagne bestemmelser), finder udelukkende disse bestemmelser og ikke de almindelige forbrugerbeskyttelsesregler anvendelse.

75. Ifølge Wind Tre henviser »uoverensstemmelse« ikke til tilfælde af modstrid, men derimod til »overlapping« mellem bestemmelser, der vedrører forbrugerbeskyttelse, og som i visse tilfælde adskiller sig ved deres specialiserede karakter.

76. For så vidt angår »[EU-]reglerne« omfatter de ifølge Wind Tre de regler, som vedtages af de nationale tilsynsmyndigheder i forbindelse med udøvelsen af deres funktioner vedrørende forbrugerbeskyttelse, og hvorved de forpligtelser, der følger af de nationale love til gennemførelse af forsyningspligt-direktivets artikel 20 og 21, præciseres.

77. Vodafone Italia har anført, at direktiv 2005/29, forsyningspligt-direktivet og rammedirektivet er til hinder for, at det i direktiv 2005/29 fastlagte »sikkerhedsnet« finder anvendelse på samme tid, når der i en bestemt faktisk sammenhæng (og ikke i en hel sektor) findes en udtømmende sektorlovgivning, der udspringer af EU-retten.

78. Vodafone Italia har subsidiært gjort gældende, at de nævnte direktiver ligeledes er til hinder for, at anvendelsen af sektorlovgivningen i sin helhed kan erstattes af AGCM ved hjælp af en alternativ parallellovgivning, som ikke er forenelig med de særlige aspekter af sektorlovgivningen.

79. Ifølge Telecom Italia er det ikke udelukket at anvende direktiv 2005/29, blot fordi der findes andre EU-retsakter, som regulerer særlige aspekter af urimelig handelspraksis. Hver enkelt situation må undersøges enkeltvis for at afgøre, om den er fuldt ud reguleret af en specifik lovgivning, i hvilket fald udelukkende sidstnævnte finder anvendelse.

80. Telecom Italia er af den opfattelse, at begrebet »[EU-]regler« skal forstås i bred forstand, således at de ikke kun omfatter reglerne i forordningerne, direktiverne og gennemførelsesbestemmelserne, men også retsakter, som medlemsstaterne har vedtaget til gennemførelse af EU-retten.

81. Ifølge den italienske regering fastsætter artikel 27, stk. 1a, i lov om forbrug hverken nye kriterier eller undtagelser fra anvendelsen af specialitetsprincippet i henhold til artikel 3, stk. 4, i direktiv 2005/29. Idet den forelæggende ret har forvekslet forholdet mellem lovgivningerne på den ene side og fordelingen af kompetencer på den anden side, har den forelagt et kunstigt problem, nemlig at forsyningspligt-direktivet ikke skulle finde anvendelse på særlige aspekter af urimelig handelspraksis.

82. Den italienske regering har mindet om, at fordelingen af nationale kompetencer er tillagt medlemsstaterne, og at formålet med artikel 27, stk. 1a, i lov om forbrug var at opklare den tvivl, der opstod i Italien i 2012 om spørgsmålet om, hvilken myndighed der har kompetence til at håndtere ukorrekt handelspraksis i regulerede sektorer. Af samme årsag blev der den 23. december 2016 underskrevet en aftaleprotokol om urimelig handelspraksis mellem AGCom og AGCM, hvis indhold bekræfter, at artikel 27, stk. 1a, i lov om forbrug ikke omfatter en undersøgelse af sektorspecifikke overtrædelser inden for anvendelsesområdet for den ved direktiv 2005/29 fastsatte almindelige lovgivning.

83. For så vidt angår det fjerde spørgsmål har den italienske regering anført, at der, for at specialitetsprincippet finder anvendelse, skal være en uoverensstemmelse mellem den almindelige og den særlige lovgivning: I denne sag medfører princippet, at den almindelige lovgivning om forbrugerbeskyttelse ikke finder anvendelse.

84. Den italienske regering er af den opfattelse, at det femte og det syvende spørgsmål er hypotetiske og dermed må afvises, idet den gør gældende, at den omtvistede adfærd ikke udgør en aggressiv handelspraksis.

85. Med hensyn til det sjette spørgsmål har den italienske regering gjort gældende, at begrebet »[EU-]regler« kun omfatter de specifikke bestemmelser i forordninger og direktiver samt bestemmelser om direkte gennemførelse af sidstnævnte.

86. Hvad angår det tredje spørgsmål har Kommissionen anført, at artikel 3, stk. 4, i direktiv 2005/29 i tilfælde af en uoverensstemmelse mellem en bestemmelse i dette direktiv og en EU-retlig bestemmelse om særlige aspekter af urimelig handelspraksis indebærer, at sidstnævnte har forrang udelukkende for så vidt angår de særlige aspekter. Direktiv 2005/29 gælder parallelt for så vidt angår de øvrige aspekter af denne praksis.

87. Ifølge Kommissionen indeholder forsyningspligtdirektivet ikke bestemmelser om særlige aspekter af urimelig handelspraksis af denne art som omhandlet i artikel 3, stk. 4, i direktiv 2005/29.

88. Med hensyn til det fjerde spørgsmål fastsætter artikel 3, stk. 4, i direktiv 2005/29 ifølge Kommissionen et kriterium om forholdet mellem bestemmelser, men ikke mellem typer af områder (almindelige og sektorspecifikke områder), og berører heller ikke kompetenceforholdet mellem nationale myndigheder.

89. For så vidt angår det femte spørgsmål er Kommissionen af den opfattelse, at eftersom forsyningspligtdirektivet ikke omfatter bestemmelser om særlige aspekter af urimelig handelspraksis som omhandlet i artikel 3, stk. 4, i direktiv 2005/29, er to af de obligatoriske betingelser for anvendelse af sidstnævnte bestemmelse ikke opfyldt, og dermed er der ikke behov for en udtømmende fortolkning af begrebet »uoverensstemmelse«. Dermed er det ikke relevant at besvare det femte spørgsmål.

90. Med hensyn til det sjette spørgsmål har Kommissionen anført, at AGCom har affattet yderst detaljerede forskrifter, som er mere vidtgående end blot en gennemførelse af forsyningspligtdirektivet. Efter Kommissionens opfattelse bringes den retlige kohærens af artikel 3, stk. 4, i direktiv 2005/29 i fare, hvis det godtages, at bestemmelsen ikke vedrører gældende EU-ret, men derimod en retlig situation, som både er af national, potentiel og fremtidig karakter, hvilket ville være i strid med kravet om retssikkerhed.

91. For så vidt angår det syvende spørgsmål er Kommissionen af den opfattelse, at forsyningspligtdirektivet og rammedirektivet ikke fastsætter sanktioner for aggressiv handelspraksis i form af »levering uden forudgående anmodning«, som er nævnt i punkt 29 i bilag I til direktiv 2005/29, og således er det ikke nødvendigt at besvare spørgsmålet.

2. Bedømmelse

a) Den restriktive karakter af reglen om, at direktivet ikke finder anvendelse, der er fastsat i artikel 3, stk. 4, i direktiv 2005/29

92. Artikel 3, stk. 4, i direktiv 2005/29 bestemmer, at det i tilfælde af uoverensstemmelse mellem dette direktivs bestemmelser »og andre [EU-]bestemmelser om særlige aspekter af urimelig handelspraksis« er sidstnævnte, der gælder for »de pågældende særlige aspekter«.

93. Denne regel om forrang understreger, at direktiv 2005/29 har til formål at sikre »beskyttelse for forbrugere på områder, hvor der ikke er en særlig sektorlovgivning på [EU-]plan«³⁰. Direktivet sigter endelig mod at fastsætte en egentlig ordening til beskyttelse af forbrugerrettigheder inden for alle sektorer³¹.

94. Jeg er af den opfattelse, at formålet med direktiv 2005/29 ikke er – i hvert fald ikke hovedsageligt – at udfylde hullerne i andre sektorspecifikke EU-regler, der beskytter forbrugerne, men derimod snarere at udgøre kernen i en almindelig beskyttelsesordening, hvori direktivets egne bestemmelser indgår i et samspil med de eksisterende bestemmelser i visse sektorer, der er omfattet af EU-retten.

95. Denne almindelige ordening skal »sikre, at forholdet mellem [direktiv 2005/29] og gældende [EU-]ret er sammenhængende, især i de tilfælde, hvor særlige sektorer er omfattet af nærmere bestemmelser om urimelig handelspraksis«³². Ovennævnte lovgivning bør således fortolkes og anvendes på en sammenhængende og harmoniseret måde.

96. Det synes imidlertid at fremgå af drøftelserne mellem parterne og den forelæggende rets forelæggelsesafgørelse, at forholdet mellem de enkelte regler kun kan beskrives med begreber såsom uoverensstemmelse og udelukkelse, som om løsningen på forholdet mellem direktiv 2005/29 og andre retsforskrifter udelukkende er fastlagt i nævnte direktivs artikel 3, stk. 4.

97. Direktiv 2005/29 henviser ganske vist til »specifikke [EU-]bestemmelser om særlige aspekter af urimelig handelspraksis som f.eks. oplysningskrav og bestemmelser om, hvordan oplysningerne skal præsenteres over for forbrugeren«, hvilket begrænser nævnte direktivs anvendelse³³. Der er imidlertid, efter min opfattelse, tale om en ekstrem løsning, der er tiltænkt en ligeledes ekstrem situation, og som ikke omfatter alle tilfælde af *fredelig sameksistens* mellem direktiv 2005/29 og andre EU-bestemmelser.

98. Artikel 3, stk. 4, i direktiv 2005/29 fastsætter en regel om *selektiv* henvisning fra direktiv 2005/29 til de (andre) bestemmelser i EU-retten, der omhandler meget konkrete aspekter, såsom krav til oplysning af forbrugere. Denne henvisning er desuden *restriktiv* for så vidt angår dens rækkevidde, eftersom den i henhold til bestemmelsen udtrykkeligt kun gør sig gældende for »de pågældende særlige aspekter«. Og endelig er henvisningen *ekstrem*, idet den kun gør sig gældende i tilfælde af »uoverensstemmelse«. Det kan hævdes, at henvisningen har til formål at ubedre en *mangel* ved ordningen og ikke at beskrive ordningens *opbygning*.

30 – Tiende betragtning til direktiv 2005/29.

31 – Kommissionen har beskrevet det således: Direktiv 2005/29 »er den vigtigste del af EU-lovgivningen« om vildledende reklame og andre former for urimelig praksis i transaktioner mellem virksomheder og forbrugere, og det har »et bredt anvendelsesområde, der dækker alle transaktioner mellem virksomheder og forbrugere [...], fastsætter et højt forbrugerbeskyttelsesniveau inden for alle sektorer« og »fungere som et sikkerhedsnet, der udfylder de tomrum, der ikke reguleres af andre sektorspecifikke EU-regler«. Jf. punkt 1 i meddelelse fra Kommissionen til Europa-Parlamentet, Rådet og Det Europæiske Økonomiske og Sociale Udvalg om anvendelsen af direktivet om urimelig handelspraksis (COM(2013) 138 final).

32 – Tiende betragtning til direktiv 2005/29.

33 – Ibidem.

99. For så vidt angår denne ekstreme løsning – som, understreger jeg, hverken er den eneste eller nødvendigvis den mest anvendte – og i tråd med tiende betragtning til direktiv 2005/29 taler affattelsen af artikel 3, stk. 4, i nævnte direktiv for en restriktiv fortolkning af denne bestemmelses henvisning til »andre [EU-]bestemmelser«, som kun kan være bestemmelser »om *særlige aspekter* af urimelig handelspraksis«³⁴. Direktiv 2005/29 viger for disse bestemmelser udelukkende for så vidt angår de nævnte *særlige aspekter*.

100. Efter min opfattelse er det imidlertid ikke kun ordlyden af artikel 3, stk. 4, i direktiv 2005/29, der taler for en streng fortolkning af henvisningen til andre retsfor skrifter. Herudover skal det tages i betragtning, at direktiv 2005/29 har skabt »et højt fælles forbrugerbeskyttelsesniveau« som følge af det »høje konvergensniveau, som opnås ved dette direktivs tilnærmelse af de nationale bestemmelser«³⁵. Således som generaladvokat Saugmandsgaard Øe har understreget³⁶, medfører ethvert tilfælde, hvor dets bestemmelser ikke anvendes, en »risiko for at udhule det sikkerhedsnet, der er indført ved dette direktiv, når de andre EU-retlige regler – de regler, der har forrang – ikke sikrer et lige så højt forbrugerbeskyttelsesniveau«³⁷.

101. Således bør den i artikel 3, stk. 4, i direktiv 2005/29 omhandlede henvisning være strengt begrænset til den EU-lovgivning, der omhandler særlige aspekter af urimelig handelspraksis. Den bør desuden kun finde anvendelse, når denne lovgivning er i uoverensstemmelse med direktiv 2005/29, hvilket kræver en nærmere undersøgelse.

b) Betingelserne for reglen om, at direktivet ikke finder anvendelse

1) De lovgivningsmæssige elementer, der er omfattet af specialitetsforholdet i artikel 3, stk. 4, i direktiv 2005/29

102. Den forelæggende ret ønsker med sit fjerde spørgsmål at få oplyst, om specialitetsprincippet i artikel 3, stk. 4, i direktiv 2005/29 »regulerer forholdene mellem lovgivninger [...], [...] bestemmelser [...] eller [...] mellem myndigheder med kompetence til regulering af og tilsyn med de respektive sektorer«. Der forelægges det samme materielle spørgsmål i det tredje og det syvende spørgsmål, som imidlertid har hver deres specifikke fokus³⁸.

103. Det følger efter min opfattelse af en samlet fortolkning af tiende betragtning til direktiv 2005/29 og direktivets artikel 3, stk. 4, at EU-lovgivers hensigt ikke har været at operere på *sektorniveau*, men derimod på et *lovgivningsmæssigt* niveau og i forhold til alle sektorer.

104. Således som Kommissionen har anført, henviser artikel 3, stk. 4, i direktiv 2005/29 i modsætning til samme artikels stk. 9 (hvorefter medlemsstaterne kan skærpe de krav, der er fastsat i dette direktiv inden for dets anvendelsesområde, på områderne for finansielle tjenesteydelser og fast ejendom) udelukkende til eventuelle uoverensstemmelser »mellem dette direktivs bestemmelser og andre [EU-]bestemmelser om særlige aspekter af urimelig handelspraksis«. Der er således tale om en

34 – Min fremhævelse.

35 – 11. betragtning til direktiv 2005/29: »Det høje konvergensniveau, som opnås ved dette direktivs tilnærmelse af de nationale bestemmelser, skaber et højt fælles forbrugerbeskyttelsesniveau. I dette direktiv fastsættes et enkelt generelt forbud mod de former for urimelig handelspraksis, der forvrider forbrugernes økonomiske adfærd. Der fastsættes også bestemmelser om aggressiv handelspraksis, som på nuværende tidspunkt ikke er omfattet af [EU-]lovgivning.«

36 – Forslag til afgørelse Dyson (C-632/16, EU:C:2018:95, punkt 81-85).

37 – Ibidem, punkt 82.

38 – Det tredje spørgsmål vedrører det myndighedsmæssige aspekt af problemet (dvs. virkningerne for fordelingen af kompetencer mellem de administrative myndigheder), mens det syvende anskuer den samme problemstilling på grundlag af forholdet mellem en almindelig lovgivning og en sektorlovgivning. Det antages således, at specialitetsprincippet i sidste ende gør sig gældende for sidstnævnte.

bestemmelse af tværgående karakter, der gør sig gældende for alle økonomiske sektorer, således som det bør være tilfældet for et direktiv, hvis primære formål er at finde anvendelse på al urimelig handelspraksis uafhængigt af den pågældende økonomiske sektor og med henblik på en bedre forbrugerbeskyttelse³⁹.

105. De »særlige aspekter«, som i givet fald er underlagt »andre [EU-]bestemmelser«, omfatter ifølge tiende betragtning til direktiv 2005/29 »oplysningskrav og bestemmelser om, hvordan oplysningerne skal præsenteres over for forbrugeren«.

106. Der er således tale om yderst *specifikke* spørgsmål, som kan opstå i forbindelse med forskellige former for bestemmelser, der ikke behøver at indgå i et regelsæt såsom en ordning, der regulerer en erhvervssektor. Der er dermed ikke grundlag for et modsætningsforhold mellem en almindelig forbrugerbeskyttelsesordning, som er repræsenteret ved direktiv 2005/29, og de forskellige sektorspecifikke rammer for forbrugerbeskyttelse som den ved forsyningspligtdirektivet fastsatte, som er relevant i denne sag.

107. For at bestemmelserne i direktiv 2005/29 skal ophøre med at finde anvendelse, er det ikke nødvendigt, at der findes en sektorordning for forbrugerbeskyttelse. Den ved nævnte direktiv indførte almindelige beskyttelsesordning viger som sådan ikke for andre ordninger. Kun visse bestemmelser heri viger, og kun for så vidt som der er andre bestemmelser (som ikke nødvendigvis indgår i en særlig beskyttelsesordning) om »særlige aspekter af urimelig handelspraksis«, som desuden skal være i *uoverensstemmelse* med direktivet. Dette medfører endelig, at de tilfælde, hvor direktiv 2005/29 ikke finder anvendelse, i så fald udelukkende er begrænset til netop disse »særlige aspekter«.

108. De »særlige aspekter«, som er nævnt i artikel 3, stk. 4, i direktiv 2005/29, eksemplificeres i tiende betragtning til dette direktiv med henvisningen til »oplysningskrav og bestemmelser om, hvordan oplysningerne skal præsenteres over for forbrugeren«. Forsyningspligtdirektivets artikel 20 og 21, som den forelæggende ret har nævnt, omhandler netop de oplysninger, der skal fremgå af aftaler, der er indgået med virksomheder, som udbyder tilslutning til et offentligt kommunikationsnet eller til elektroniske kommunikationstjenester.

109. På dette grundlag er jeg af den opfattelse, at bestemmelserne i direktiv 2005/29 om de oplysninger, der generelt skal formidles til forbrugerne, skal vige for anvendelsen af de specifikke bestemmelser i forsyningspligtdirektivet for så vidt angår området for elektroniske kommunikationstjenester. Men dette gør sig kun gældende på dette punkt, og uden at direktiv 2005/29 – hvis artikel 3, stk. 4, gentager jeg, begrænser de tilfælde, hvor dette direktiv ikke finder anvendelse, til de »særlige aspekter«, der er reguleret i andre bestemmelser – som helhed ikke skal finde anvendelse. Den anden betingelse, som er fastsat i denne bestemmelse, uoverensstemmelsen mellem bestemmelserne, skal også være opfyldt. Den vil jeg behandle i det følgende.

110. Når alt kommer til alt, er dette rækkevidden af den i artikel 3, stk. 4, i direktiv 2005/29 omhandlede undtagelse⁴⁰. Jeg understreger, at dette naturligvis er betinget af, at betingelsen om, at der skal foreligge en *uoverensstemmelse* mellem direktiv 2005/29 og den bestemmelse, som eventuelt kan træde i stedet herfor, er opfyldt.

39 – Generaladvokat Saugmandsgaard Øe har udtalt sig i samme retning i sit forslag til afgørelse Dyson (C-632/16, EU:C:2018:95, punkt 81) og er af den opfattelse, at det i artikel 1 i direktiv 2005/29 fastsatte formål (»[...] at bidrage til et velfungerende indre marked og opnå et højt forbrugerbeskyttelsesniveau gennem tilnærmelse af medlemsstaternes love og administrative bestemmelser om urimelig handelspraksis, der skader forbrugernes økonomiske interesser«) er væsentligt i denne henseende, hvilket ligeledes gør sig gældende for definitionen af direktivets anvendelsesområde, som er fastlagt i dets artikel 3, stk. 1 (»[...] virksomheders urimelige handelspraksis over for forbrugerne, [...] før, under og efter en handelstransaktion i forbindelse med et produkt«).

40 – Denne undtagelse er således beskeden og harmonerer samtidig med forsyningspligtdirektivets artikel 1, stk. 4, for så vidt som sidstnævnte bestemmelser »vedrørende slutbrugerrettigheder finder anvendelse med forbehold af [EU]-reglerne om forbrugerbeskyttelse, navnlig [de direktiver, der gik forud for direktiv 2005/29]« (min fremhævelse).

111. Når alt kommer til alt, omhandler specialitetsforholdet i artikel 3, stk. 4, i direktiv 2005/29 regler eller bestemmelser og ikke sektorlovgivning. Dette forhold berører desuden ikke spørgsmålet om, hvilke administrative myndigheder der skal anvende den pågældende lovgivning, eftersom det tilkommer medlemsstaterne at fordele eller tildele kompetencer til disse myndigheder.

112. Idet det lægges til grund, at det udelukkende drejer sig om forholdet mellem bestemmelser, må det præciseres, hvilke bestemmelser der er tale om.

2) De bestemmelser, mellem hvilke der foreligger en uoverensstemmelse

113. Den forelæggende ret har i sit sjette spørgsmål rejst tvivl om, hvorvidt henvisningen i artikel 3, stk. 4, i direktiv 2005/29 til »andre [EU-]bestemmelser« kun omfatter »bestemmelserne i EU-retlige forordninger og direktiver samt bestemmelserne til direkte gennemførelse heraf [...] eller [...] også [omfatter] nationale lovgivnings- og reguleringsbestemmelser, der gennemfører EU-retlige principper«.

114. Artikel 3, stk. 4, i direktiv 2005/29 omfattede oprindeligt tilfælde af uoverensstemmelse mellem »dette direktivs bestemmelser og andre fællesskabsbestemmelser« (nu »EU-bestemmelser«).

115. Fællesskabs- eller EU-bestemmelser er udelukkende bestemmelser, der er vedtaget af EU's institutioner, dvs. de i artikel 288 TEUF opregnede »retsakter«. Således er det efter min opfattelse udelukket at lade denne kategori omfatte nationale bestemmelser, såvel »nationale lovgivnings- og reguleringsbestemmelser, der gennemfører EU-retlige principper«⁴¹, som Consiglio di Stato (øverste domstol i forvaltningsretlige sager) har henvist til, som nationale bestemmelser til gennemførelse af direktiverne.

116. Den italienske regering har imidlertid påpeget muligheden for en vid fortolkning af artikel 3, stk. 4, i direktiv 2005/29, hvorefter denne bestemmelse omfatter nationale bestemmelser, der gennemfører EU-retten i national ret. I samme retning har nogle af parterne⁴² anført, at de nationale tilsynsmyndigheder skal gennemføre en yderst detaljeret sektorlovgivning, som må vige for direktiv 2005/29, såfremt den ikke anses for at være omfattet af begrebet »andre [EU-]bestemmelser«.

117. Efter min opfattelse er den fortolkning, som jeg har foreslået (og som forekommer mig at følge direkte af artikel 3, stk. 4, i direktiv 2005/29), forenelig med de forbehold, som den italienske regering og de øvrige parter i sagen har givet udtryk for.

118. Den udtømmende karakter af den ved direktiv 2005/29 gennemførte harmonisering er således blevet bekræftet af Domstolen, der har fastslået, at nævnte direktiv »foretager [...] en totalharmonisering af [reglerne om virksomheders urimelige handelspraksis over for forbrugerne]«, således at »[m]edlemsstaterne [...] ikke [...] [kan] vedtage foranstaltninger, der er mere restriktive end dem, der fremgår af direktivet, ej heller med henblik på at sikre et højere forbrugerbeskyttelsesniveau«⁴³.

41 – Disse »lovgivnings- og reguleringsbestemmelser« kan kun være nationale, eftersom spørgsmålet ikke ville give mening, hvis der formelt set var tale om EU-bestemmelser.

42 – Wind Tre og Telecom Italia i punkt 71-75 og punkt 43-50 i deres respektive skriftlige indlæg. Telecom Italia har anført, at en restriktiv fortolkning af dette begreb ville føre til »helt uacceptable resultater«, som f.eks. at enhver national bestemmelse om særlige aspekter af urimelig handelspraksis, der er strengere og skaber større sikkerhed end direktiv 2005/29, ikke ville finde anvendelse.

43 – Dom af 23.4.2009, VTB-VAB og Galatea (C-261/07 og C-299/07, EU:C:2009:244, præmis 52).

119. Denne bemærkning om den udtømmende karakter betyder imidlertid ikke, at al national lovgivning, der regulerer særlige aspekter af urimelig handelspraksis på en mere detaljeret måde end direktiv 2005/29, principielt ikke kan finde anvendelse. For at sikre, at disse mere udførlige nationale bestemmelser kan finde anvendelse, er det ikke nødvendigt, at de er omfattet af kategorien »[EU-]bestemmelser«. Det er tilstrækkeligt at henføre dem til det (sektor-)direktiv, som de udspringer af, og undersøge, hvorvidt det pågældende direktiv har forrang for direktiv 2005/29, idet de i sidstnævntes artikel 3, stk. 4, fastsatte betingelser er opfyldt.

120. Når EU-retten tillader, at medlemsstaterne fastsætter lovgivning om særlige aspekter af urimelig handelspraksis, som kan være strengere end bestemmelserne i direktiv 2005/29, viger sidstnævnte med andre ord ikke som følge af den nationale bestemmelse, der er fastsat i medfør af denne mulighed, men derimod på grundlag af det (sektor-)direktiv, der gør dette muligt.

3) Karakteren af modsætningen. Uoverensstemmelse eller forskel

121. Den omstændighed, at der foreligger andre EU-bestemmelser om særlige aspekter af urimelig handelspraksis, er i sig selv ikke tilstrækkelig til, at direktiv 2005/29 skal vige for disse andre bestemmelser. Det er herudover absolut nødvendigt, at der foreligger en »uoverensstemmelse« mellem sidstnævnte bestemmelser og bestemmelserne i nævnte direktiv⁴⁴.

122. Den forelæggende ret ønsker oplyst, om begrebet »uoverensstemmelse« i artikel 3, stk. 4, i direktiv 2005/29 indebærer en »radikal modstrid« mellem bestemmelserne, eller om det omvendt er tilstrækkeligt, at de pågældende bestemmelser indeholder en »afvigende regulering«. Det ønskes med andre ord oplyst, om det indebærer en uovervindelig lovgivningsmæssig modsætning eller blot en kollision mellem bestemmelserne.

123. I debatten herom er der blevet anvendt meget forskelligartede begreber (tenderende til ordkløveri ved visse lejligheder) om forholdet mellem forskellige juridiske bestemmelser: Ud over de ovenfor nævnte begreber *modstrid* og *kollision* er begreberne *konflikt*, *overlapning*, *sammenfald*, *sameksistens* samt andre mere eller mindre tilsvarende begreber blevet anvendt.

124. Det udtryk (»uoverensstemmelse«), som EU-lovgiver har valgt, afspejler et forhold mellem de omhandlede bestemmelser, som er kendetegnet ved mere end blot en manglende lighed eller en forskel. Den omstændighed, at to situationer siges at være i uoverensstemmelse, indebærer en konstatering af, at der naturligvis foreligger en forskel mellem dem, men også at der er tale om en forskel, der ikke kan overvindes ved hjælp af en integrering, der gør det muligt for begge situationer at sameksistere, uden at det er nødvendigt at bringe dem til ophør, for så vidt som de er forskellige.

125. Den løsning, lovgiver har valgt, afslører, at dette er meningen med, at direktiv 2005/29 anvender begrebet »uoverensstemmelse«: Lovgiver har ikke valgt en integrerende fortolkning af de omtvistede bestemmelser, men derimod at de bestemmelser, som på de førnævnte betingelser er i strid med bestemmelserne i direktiv 2005/29, ganske enkelt har forrang.

126. I tråd med det af generaladvokat Saugmandsgaard Øe anførte synspunkt⁴⁵ forekommer det mig, at en uoverensstemmelse såsom den i artikel 3, stk. 4, i direktiv 2005/29 omhandlede kun foreligger, når EU-bestemmelser uden for direktiv 2005/29 om særlige aspekter af urimelig handelspraksis, som f.eks. oplysninger, der skal formidles til forbrugerne, uden noget råderum pålægger de erhvervsdrivende forpligtelser, der ikke er forenelige med de i direktivet fastsatte forpligtelser.

44 – Domstolen har udtalt sig om opfyldelsen af begge betingelser i dom af 16.7.2015, Abcur (C-544/13 og C-545/13, EU:C:2015:481, præmis 79-81).

45 – Forslag til afgørelse Dyson (C-632/16, EU:C:2018:95, punkt 91).

c) Anvendelsen af disse kriterier på hovedsagen

127. Såfremt direktiv 2005/29 finder anvendelse på den adfærd, som telefonoperatørerne kritiseres for, idet den udgør en urimelig handelspraksis i henhold til de førnævnte bestemmelser (hvilket efter min opfattelse ikke er tilfældet), er jeg af den opfattelse, at de i artikel 3, stk. 4, i direktiv 2005/29 fastsatte betingelser for, at dets bestemmelser skal vige for andre EU-bestemmelser om særlige aspekter af urimelig handelspraksis, ikke er opfyldt.

128. Jeg tilslutter mig Kommissionens opfattelse, hvorefter en parallel anvendelse af direktiv 2005/29 og forsyningspligtdirektivet må være mulig i en sådan situation. Mens førstnævnte kvalificerer kravet om betaling for en »levering uden forudgående anmodning« som en handelspraksis, der under alle omstændigheder er urimelig, anfører forsyningspligtdirektivet (artikel 20 og 21) de oplysninger, som virksomheder, der udbyder elektroniske kommunikationstjenester, skal formidle til forbrugerne, men uden at kvalificere levering uden forudgående anmodning som en ulovlig adfærd, hvilket er genstanden for tvisten i de foreliggende sager.

129. Vi befinder os således langt fra en uoverensstemmelse mellem disse to direktiver og står således over for en situation, hvor de nødvendigvis må anvendes på samme tid, og derfor er det bl.a. nødvendigt at undersøge, om de til forbrugeren formidlede oplysninger er i overensstemmelse med de krav, som den erhvervsdrivende pålægges i henhold til forsyningspligtdirektivet, for at afgøre, om forbrugeren har anmodet om leveringen (direktiv 2005/29).

VI. Forslag til afgørelse

130. På baggrund af det ovenstående foreslår jeg, at Domstolen besvarer de af sjette afdeling ved Consiglio di Stato (øverste domstol i forvaltningsretlige sager, Italien) forelagte spørgsmål således:

- »1) Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2005/29/EF af 11. maj 2005 om virksomheders urimelige handelspraksis over for forbrugerne på det indre marked og om ændring af Rådets direktiv 84/450/EØF og Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 97/7/EF, 98/27/EF og 2002/65/EF og Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EF) nr. 2006/2004 skal fortolkes således, at:
- Den blotte udeladelse af oplysninger over for brugeren om forhåndsindstilling af en telefonsvarer og navigering på internettet på et SIM-kort, der skal indsættes i en smartphone, kan i henhold til det nævnte direktivs artikel 5, stk. 5, sammenholdt med punkt 29 i dets bilag I, ikke kvalificeres som en urimelig handelspraksis, når denne bruger på forhånd er blevet oplyst om »den tekniske og operationelle fremgangsmåde ved [dennes] reelle brug af tjenesterne [...] og prisen for tjenesterne«, hvilket det tilkommer den forelæggende ret at efterprøve.
 - Artikel 8 og 9 i direktiv 2005/29 skal fortolkes således, at den ovenfor beskrevne adfærd fra en telefonoperatørs side ikke kan kvalificeres som en »aggressiv handelspraksis«.
- 2) Subsidiært: Artikel 3, stk. 4, i direktiv 2005/29 skal fortolkes således, at bestemmelserne i dette direktiv kun viger for andre EU-bestemmelser om særlige aspekter af urimelig handelspraksis, når der mellem førstnævnte og sidstnævnte foreligger en modsætning, som ikke kan løses ved at integrere bestemmelserne eller anvende dem på en sammenhængende måde.«