

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT  
VERICA TRSTENJAK  
föredraget den 3 september 2009<sup>1</sup>

Innehållsförteckning

I	— Inledning . . . . .	I - 220
II	— Tillämpliga bestämmelser . . . . .	I - 221
	A — Gemenskapsrätten . . . . .	I - 221
	B — Den nationella rätten . . . . .	I - 223
III	— Bakgrund, tvisten vid den nationella domstolen och tolkningsfrågan . . . . .	I - 224
IV	— Förfarandet vid domstolen . . . . .	I - 225
V	— Parternas huvudargument . . . . .	I - 226
VI	— Rättslig bedömning . . . . .	I - 229
	A — Inledande överväganden . . . . .	I - 229
	B — Huruvida begäran om förhandsavgörande kan upptas till sakprövning . . . . .	I - 231
	1. Domstolens behörighet . . . . .	I - 231
	2. Tolkningsfrågans relevans . . . . .	I - 233
	C — Prövning av tolkningsfrågan . . . . .	I - 236
	1. Begreppet affärsmetoder i artikel 2 d i direktiv 2005/29 . . . . .	I - 236
	2. Den personkrets som omfattas av direktiv 2005/29 . . . . .	I - 237

1 — Originalspråk: tyska.

3. Undersökning av de båda regelverkens struktur . . . . .	I - 238
a) Bestämmelserna i direktiv 2005/29 . . . . .	I - 238
i) Fullständig och maximal tillnärmning av de nationella reglerna som regleringsändamål . . . . .	I - 238
ii) Strukturen i direktiv 2005/29 . . . . .	I - 240
b) Bestämmelserna i UWG . . . . .	I - 240
i) Redogörelse för strukturen i förbudet i 3 § och 4 § punkt 6 UWG . . . . .	I - 241
c) Huruvida de omtvistade bestämmelserna är förenliga med direktiv 2005/29 . . . . .	I - 242
i) Behovet av en direktivkonform tolkning . . . . .	I - 242
ii) Prövning av förenligheten med direktivets bestämmelser . . . . .	I - 244
— Artikel 5.4 och 5.5 i direktiv 2005/29 . . . . .	I - 244
— Artikel 5.2 i direktiv 2005/29 . . . . .	I - 244
4. Slutsatser . . . . .	I - 252
VII — Förslag till avgörande . . . . .	I - 253

## I — Inledning

ställt en tolkningsfråga till domstolen om tolkningen av artikel 5.2 i direktiv 2005/29/EG om otillbörliga affärsmetoder på den inre marknaden<sup>2</sup> (nedan kallat direktiv 2005/29).

1. I detta förfarande för förhandsavgörande enligt artikel 234 EG har Bundesgerichtshof (nedan kallad den hänskjutande domstolen)

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

Det ska i detta sammanhang huvudsakligen undersökas huruvida en nationell bestämmelse enligt vilken en affärsmetod som innebär att konsumenters deltagande i tävlingar och lotterier förenas med en föregående skyldighet att köpa en vara eller ta en tjänst i anspråk, i princip är förbjuden, är förenlig med gemenskapsrätten.

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

...

2. Begäran om förhandsavgörande har framställts i ett mål där Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs (nedan kallad ZBUW) har väckt talan mot detaljhandelskedjan Plus Warenhandelsgesellschaft mbH (nedan kallad Plus), på grund av otillåten marknadsföring i samband med ett ”bonuserbudande” och yrkat att reklamen ska förbjudas samt ersättning för rättegångskostnader.

d) affärsmetoder som tillämpas av näringsidkare gentemot konsumenter (nedan även kallade affärsmetoder): en näringsidkares handling, underlåtenhet, betende, företrädande eller kommersiella meddelande (inklusive reklam och saluföring) i direkt relation till marknadsföring, försäljning eller leverans av en produkt till en konsument.

...”

## II — Tillämpliga bestämmelser

4. I artikel 3.1 i direktivet föreskrivs följande:

### A — Gemenskapsrätten

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

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

5. Artikel 4 i direktivet har följande lydelse:

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

6. I artikel 5 i direktivet, med rubriken ”Förbud mot otillbörliga affärsmetoder”, anges följande:

”1. Otillbörliga affärsmetoder skall vara förbjudna.

2. En affärsmetod skall vara otillbörlig om den

a) strider mot god yrkessed,

och

I - 222

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

3. Affärsmetoder som sannolikt kommer att innebära avsevärd snedvridning av det ekonomiska beteendet endast hos en tydligt identifierbar grupp av konsumenter som på grund av mentala eller fysiska handikapp, ålder eller lättrogenhet är särskilt känsliga för metoden eller den produkt metoden avser, på ett sätt som näringsidkaren rimligen kan förväntas förutse, skall bedömas ur ett perspektiv som är representativt för den genomsnittliga medlemmen i denna grupp. Detta skall inte påverka sedvanlig och legitim praxis att i reklam göra överdrivna påståenden eller påståenden som inte är avsedda att uppfattas i bokstavlig mening.

4. Affärsmetoder skall anses otillbörliga om de

a) är vilseledande enligt artiklarna 6 och 7,

eller

b) aggressiva enligt artiklarna 8 och 9.

den unlauteren Wettbewerb), senast ändrad genom artikel 1 i den första ändringslagen av den 22 december 2008<sup>4</sup> (nedan kallad UWG), är enligt 1 § att skydda konkurrenter, konsumenter samt andra aktörer på marknaden mot otillbörlig konkurrens. Den har samtidigt som syfte att skydda allmänhetens intresse av en fungerande konkurrens.

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

9. I 3 § UWG i dess tidigare lydelse föreskrivs följande:

7. Kombinationen av tävlingar och lotterier å ena sidan och försäljning å andra sidan anges inte i bilaga I till direktivet som en affärsmetod som under alla omständigheter ska anses som otillbörlig.

”Otillbörligt agerande som är ägnat att skada konkurrensen och medföra skada för konkurrenter, konsumenter eller andra aktörer på marknaden på ett sätt som inte är ringa är otillåtet.”

B — *Den nationella rätten*

8. Syftet med den tyska lagen om otillbörlig konkurrens av den 3 juli 2004<sup>3</sup> (Gesetz gegen

10. Bestämmelsen behövs efter den lagändring som gjordes i december 2008 i 3 § första stycket UWG i dess ändrade lydelse. Den har ändrats genom tillägg av två ytterligare stycken i syfte att införliva direktiv 2005/29. 3 § UWG i dess ändrade lydelse har därför numera följande lydelse:

3 — BGBl. I, s. 1414.

4 — BGBl. I, s. 2949.

”1. Otillbörliga affärshandlingar är förbjudna om de märkbart kan påverka de intressen som konkurrenter, konsumenter eller andra aktörer på marknaden har.

11. I 4 § i dess tidigare lydelse som i huvudsak är oförändrad efter den lagändring som gjordes i december 2008 föreskrivs följande:

”Enligt 3 § handlar den otillbörligt som

2. Otillbörliga affärshandlingar som är riktade mot konsumenter är i vart fall förbjudna när de inte är förenliga med god yrkessed som gäller för näringsidkare och dessutom är ägnade att påtagligt påverka konsumentens förmåga att fatta ett beslut på grundval av den information som erhållits och därmed medföra att denne fattar ett affärsbeslut som han annars inte skulle ha fattat. I detta sammanhang ska genomsnittskonsumerten eller om affärshandlingen riktar sig till en viss grupp konsumenter en genomsnittsledmedlem i denna grupp beaktas. Det relevanta kriteriet är en genomsnittlig medlem i en grupp av konsumenter som på grund av mentala eller fysiska handikapp, ålder eller lättrogenhet är särskilt känslig och tydligt identifierbar när näringsidkaren kan förväntas förutse att hans affärshandling endast berör denna grupp.

...

6. ställer som villkor för att en konsument ska få delta i en tävling eller ett lotteri att konsumenten köper varor eller tar en tjänst i anspråk, om inte tävlingen eller lotteriet är en naturlig del av varan eller tjänsten.

...”

### III — Bakgrund, tvisten vid den nationella domstolen och tolkningsfrågan

3. De affärshandlingar som riktas mot konsumenter som anges i bilagan till denna lag är alltid förbjudna.”

12. Enligt uppgifter från den nationella domstolen bedrev Plus, som driver 2700 filialer i Tyskland, under perioden mellan den 16 september och den 13 november 2004

marknadsföring för deltagande i bonuserbjudandet "Ihre Millionenchance" ["Din miljonchans"] med slogan "Handla, samla poäng, spela lotto gratis". Under den nämnda tidsperioden kunde kunderna samla "bonuspoäng". Vid varje inköpstillfälle erhöll kunderna en poäng för var femte euro på värdet på inköpet. Från och med 20 poäng fanns det en möjlighet att delta gratis i det tyska lotto-lotteriets dragningar den 6 eller 27 november 2004. För att utnyttja erbjudandet var kunderna tvungna att bland annat klistra fast bonuspoängen på ett tävlingsformulär som fanns tillgängligt i Plus lokaler och kryssa för sex valfria siffror för lottodragningen. Plus lät samla in dessa tävlingsformulär i sina filialer och vidarebefordrade dem till ett utomstående företag som ombesörjde kundernas deltagande i dragningarna med sina respektive utvalda siffror.

13. På grundval av 4 § punkt 6 UWG antog ZBUW i Frankfurt am Main att det beskrivna bonuserbjudandet utgör en otillåten kombination av återförsäljning och lotteri. ZBUW väckte talan vid Landgericht Duisburg som dömde i enlighet med yrkandena att Plus ska förbjudas att i marknadsföringssyfte rikta reklam till konsumenter eller på annat sätt i sin verksamhet marknadsföra sin försäljning av varor genom ett tillkännagivande av ett lotteri som innebär att kunden vid sina inköp erhåller bonuspoäng och att kunden i anslutning härtill har en möjlighet att delta i det tyska lotto- och totolotteriets dragningar.

14. Plus överklagande ogillades i andra instans (Oberlandesgericht Düsseldorf) som

fastställde den tidigare domen med undantag för att den lade till ordet "kostnadsfritt" i förbudet för att bättre anpassa förbudet till den konkreta överträdelsen.

15. Genom det förevarande överklagandet, som har beviljats prövningstillstånd vid första avdelningen för civilmål vid Bundesgerichtshof, har Plus vidhållit sin uppfattning om att beslutet om förbud ska ogillas.

16. Den hänskjutande domstolen anser att det är oklart huruvida den nationella bestämmelsen i 4 § punkt 6 UWG är förenlig med direktiv 2005/29. Den beslutade mot denna bakgrund att vilandeförklara målet och ställa följande tolkningsfråga till domstolen:

"Ska artikel 5.2 i direktiv 2005/29/EG om otillbörliga affärsmetoder tolkas så, att denna bestämmelse utgör hinder för en nationell bestämmelse enligt vilken en affärsmetod som innebär att konsumenters deltagande i tävlingar och lotterier förenas med en föregående skyldighet att köpa en vara eller ta en tjänst i anspråk, i princip är förbjuden utan att det är avgörande om reklamen i det enskilda fallet medför skada för konsumenternas intressen?"

## IV — Förfarandet vid domstolen

17. Begäran om förhandsavgörande av den 5 juni 2008 inkom till domstolens kansli den 9 juli 2008.

18. Parterna i målet vid den nationella domstolen, den tyska, den finska, den spanska, den portugisiska, den polska, den tjeckiska, den belgiska och den italienska regeringen samt kommissionen har avgett skriftliga yttranden vid domstolen inom den frist som anges i artikel 23 i domstolens stadga.

19. Domstolen ställde inom ramen för en åtgärd för processledning en fråga till parterna, som besvarade denna.

20. Företrädarna för Plus, företrädarna för den tyska, den portugisiska, den polska, den tjeckiska, den italienska och den österrikiska regeringen och företrädaren för kommissionen yttrade sig muntligen vid förhandlingen den 11 juni 2009.

## V — Parternas huvudargument

21. Den *spanska* och den *tjeckiska regeringen* anser att direktiv 2005/29 inte kan tillämpas i målet vid den nationella domstolen.

22. Den *spanska regeringen* har inledningsvis gjort gällande att begäran om förhandsavgörande inte kan tas upp till sakprövning, eftersom alla omständigheter i målet vid den nationella domstolen enligt dess uppfattning är begränsade till att avse en medlemsstats inre förhållanden. Den har härvid hänvisat till domstolens rättspraxis i domen i målet Jägerskiöld.<sup>5</sup> Den har vidare gjort gällande att direktiv 2005/29 inte är tillämpligt och anfört att de omständigheter som ligger till grund för de nationella rättsmedlen inte endast ägde rum innan fristen för införlivande av direktiv 2005/29 löpte ut utan till och med innan det antogs. Nationella bestämmelser som inte antagits till följd av ett införlivande och därutöver till och med antogs innan det aktuella direktivet antogs kan inte vara föremål för domstolens tolkning. Den spanska regeringen har dessutom förklarat att det i domen i målet vid den nationella domstolen inte finns några konkreta omständigheter som kan innebära avsevärd snedvridning av det ekonomiska beteendet hos genomsnittskonsumenter.

23. Den *tjeckiska regeringen* har förklarat att de omtvistade nationella bestämmelserna, till

<sup>5</sup> — Dom av den 21 oktober 1999 i mål C-97/98, Jägerskiöld (REG 1999, s. I-7319), punkt 45.



skillnad från de i direktiv 2005/29, inte syftar till att skydda konsumenter mot otillbörliga affärsmetoder utan till att skydda konkurrensen och följaktligen enskilda konkurrenter mot sådana metoder. Dessa bestämmelser omfattas följaktligen inte av tillämpningsområdet för direktiv 2005/29 och kan följaktligen inte strida mot bestämmelserna i direktivet.

24. *Klaganden i målet vid den nationella domstolen, den finska, den portugisiska, den belgiska, den tyska och den italienska regeringen* anser att direktiv 2005/29 inte utgör hinder mot ett förbud som det som föreskrivs i UWG.

25. *Klaganden i målet vid den nationella domstolen* har gjort gällande att förbudet mot kombinationserbjudanden i 4 § punkt 6 UWG endast är tillämpligt i de fall där affärsmetoden enligt 3 § UWG är ägnad att skada konkurrensen och medföra skada för konkurrenter, konsumenter eller andra aktörer på marknaden på ett sätt som inte är ringa och är ägnad att i märkbar mån försämra konsumentens förmåga att fatta ett välgrundat beslut och därmed få konsumenten att fatta ett annat affärsbeslut än vad som annars skulle ha varit fallet. Den hänskjutande domstolen anser felaktigt att det är tveksamt om 4 § punkt 6 UWG är förenlig med artikel 5.2 i direktiv 2005/29.

26. Den *finska regeringen* har inledningsvis hänvisat till att ett av direktivets mål är att säkerställa en hög konsumentskyddsnivå.

Direktivet innehåller allmänna bestämmelser som gör det möjligt att identifiera och förbjuda otillbörliga affärsmetoder. Medlemsstaterna har härvid möjlighet att anta mer precisa bestämmelser om förbjudna marknadsföringsåtgärder. Den finska regeringen anser att en nationell bestämmelse som den som det är fråga om i förevarande fall konkretiserar förbudet i artikel 5.1 i direktiv 2005/29 utan att därvid gå utöver bestämmelsen i artikel 5.2. Den nationella bestämmelsen är således förenlig med artikel 5.2.

27. Den *portugisiska regeringen* har påpekat att bilaga I till direktiv 2005/29 innehåller en förteckning över olika typer av affärsmetoder som under alla omständigheter ska betraktas som otillbörliga, varvid den affärsmetod som består i att "[p]åstå att produkter kan underlätta vinst i hasardspel" som anges i nr 16 är förbjuden. Den portugisiska regeringen verkar emellertid utesluta att den omtvistade reklamkampanjen utgör en sådan affärsmetod, eftersom den omständigheten att en vara köps eller en tjänst tas i anspråk inte ger dem chans till vinst. Den portugisiska regeringen har dragit slutsatsen att de tyska bestämmelserna, framför allt 3 § och 4 § punkt 6 UWG är förenliga med direktiv 2005/29, eftersom de förbud som följer av dessa bestämmelser jämförda med varandra inte utgör ett åsidosättande av artikel 5.2 i direktivet.

28. Den *belgiska regeringen* anser att förbudet mot en sammankoppling av tävlingar och försäljning i 4 § punkt 6 UWG inte omfattas av tillämpningsområdet för direktiv 2005/29. Dessutom avser ett sådant förbud mot kombi-

nationserbudanden en försäljningsform som enligt rättspraxis i målet *Keck och Mithouard*<sup>6</sup> inte kan utgöra hinder för handeln inom gemenskapen. Det är endast kommersiella meddelanden som är riktade till konsumenterna som kan utgöra otillbörliga affärsmetoder i den mening som avses i artikel 2 d i direktiv 2005/29. I det fallet ålåg det de nationella domstolarna att med beaktande av omständigheterna i det enskilda fallet avgöra om bestämmelserna och kriterierna i direktiv 2005/29 har beaktats.

29. Den *tyska* och den *italienska regeringen* anser att det av lydelsen och systematiken i direktiv 2005/29 framgår att medlemsstaterna lagligen generellt kan förbjuda andra affärsmetoder än de som anges i bilaga I om näringsidkarens beteende kan anses som otillbörligt mot bakgrund av de kriterier som anges i artikel 5.

30. Vad gäller den omtvistade affärsmetoden anser den *tyska regeringen* att en sammankoppling av deltagande i en tävling eller ett lotteri och inköp av varor utan tvekan utgör en otillbörlig affärsmetod, som uppfyller villkoren för tillämpning av den ovannämnda bestämmelsen. Därav följer att en bestämmelse enligt vilken en sådan form av sammankoppling generellt är förbjuden är förenlig med syftet med direktiv 2005/29.

31. Den *italienska regeringen* har med avseende på kravet i skäl 7 i direktiv 2005/29, att de konkreta omständigheterna i det enskilda fallet ska bedömas innan vissa affärsmetoder förbjuds, påpekat att kravet kan uppfyllas genom att näringsidkaren ges möjlighet att inkomma med motbevisning för att hans beteende är lagligt. Förbudet mot kombinationserbudanden i 4 § punkt 6 UWG är enligt den italienska regeringens uppfattning således förenligt med direktivbestämmelserna.

32. *Klaganden i målet vid den nationella domstolen och kommissionen* anser däremot att en nationell bestämmelse som den i 4 § punkt 6 UWG enligt vilken en affärsmetod som innebär att konsumenters deltagande i tävlingar och lotterier förenas med en föregående skyldighet att köpa en vara eller ta en tjänst i anspråk, i princip är förbjuden utan att det är avgörande om reklamen i det enskilda fallet medför skada för konsumenternas intressen, inte är förenlig med direktivet. Eftersom denna affärsmetod inte anges i förteckningen i bilaga I kan den endast vara förbjuden om den efter en bedömning i det enskilda fallet mot bakgrund av de kriterier som anges i artikel 5.2 i direktiv 2005/29 betraktas som otillbörlig.

33. *Klaganden i målet vid den nationella domstolen* har gjort gällande att planerna på ett generellt förbud mot deltagande i lotterier förenat med en föregående skyldighet att köpa en vara redan diskuterats i samband med kommissionsförslaget till en förordning om säljfrämjande åtgärder på den inre marknaden vilket visar att gemenskapslagstiftaren hade

6 — Dom av den 24 november 1993 i de förenade målen C-267/91 och C-268/91, *Keck och Mithouard* (REG 1993, s. I-6097; svensk specialutgåva, volym 14, s. I-431).

kännedom om denna fråga. Om gemenskapslagstiftaren hade velat föreskriva ett sådant generellt förbud i direktivet, hade han uttryckligen angett denna affärsmetod i bilaga I till direktiv 2005/29.

34. Enligt den *polska regeringen* beror frågan om huruvida den omtvistade bestämmelsen i UWG är förenlig med direktiv 2005/29 på syftet med denna lag. Den polska regeringen har framför allt med stöd av skäl 5 i direktivet påpekat att gemenskapslagstiftaren, å ena sidan, velat göra en klar skillnad mellan affärsmetoder avseende förhållandet mellan näringsidkare och konsumenter som medför skada för de sistnämnda, vilka direktivet avser att reglera, och, å andra sidan, mellan affärsmetoder avseende förhållandet mellan näringsidkare och konsumenter som medför skada för konkurrenternas ekonomiska intressen, vilka i sin tur inte omfattas av tillämpningsområdet för direktiv 2005/29. Det kan följaktligen inte ifrågasättas om en nationell bestämmelse som syftar till att skydda konkurrenter är förenlig med direktiv 2005/29.

35. Den *österrikiska regeringen* har vid den muntliga förhandlingen delvis med hänvisning till begäran om förhandsavgörande från Österrikes högsta domstol i det anhängiga målet C-540/08 (Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag) anfört att direktiv 2005/29 i första hand har konsumentskyddspolitiska mål och därför inte är tillämpligt på nationella bestämmelser som syftar till att skydda konkurrenternas intressen. Direktiv 2005/29 har ingen inverkan på de sistnämnda. Den österrikiska regeringen har till stöd för sin uppfattning

särskilt åberopat skäl 8 i direktivet men även kommissionsförslaget till en förordning om säljfrämjande åtgärder på den inre marknaden. För det fall att domstolen trots allt skulle anse att direktiv 2005/29 är tillämpligt har den dessutom gjort gällande att det inte utgör hinder mot en nationell bestämmelse som 3 § och 4 § punkt 6 UWG.

## VI — Rättslig bedömning

### A — Inledande överväganden

36. Förevarande mål ger domstolen möjlighet att vidareutveckla sin rättspraxis avseende frågan om huruvida nationella förbud mot kombinationserbudanden är förenliga med gemenskapsrätten. Domen av den 23 april 2009 i de förenade målen C-261/07 (VTB-VAB) och C-299/07 (Galatea),<sup>7</sup> där domstolen anmodades att tolka direktiv 2005/29, ger användbar vägledning för att besvara tolkningsfrågan. I likhet med vad som var fallet i dessa mål uppkommer i förevarande fall frågan om och i vilken mån medlemsstaterna med avseende på att en del av lagstiftningen om tillbörliga affärsmetoder som har harmoniserats på gemenskapsnivå genom direktiv 2005/29 har behörighet att anta bestämmelser, enligt vilka kombinationserbudanden i princip är förbjudna, utan att en bedömning i det enskilda fallet av berörda affärsmetoder är avgörande.

<sup>7</sup> — Dom av den 23 april 2009 i de förenade målen C-261/07 och C-299/07, VTB-VAB och Galatea (REG 2009, s. I-2949).

37. Såsom jag redan anförde i mitt förslag till avgörande av den 21 oktober 2008 i ovan nämnda mål<sup>8</sup> är syftet med direktiv 2005/29, som antogs av Europaparlamentet och rådet den 11 maj 2005, att skapa ett enhetligt regelverk för regleringen av otillbörliga affärsmetoder gentemot konsumenterna. Detta mål ska enligt skäl 5 i direktivet uppnås genom en harmonisering av lagstiftningen om tillbörliga affärsmetoder i gemenskapens medlemsstater för att undanröja hinder på den inre marknaden.<sup>9</sup> Dess regleringsändamål består följakt-

ligen av en fullständig harmonisering av detta område på gemenskapsnivå.<sup>10</sup>

8 — Se mitt förslag till avgörande av den 21 oktober 2008 i de förenade målen C-261/07 och C-299/07, VTB-VAB och Galatea (ovan fotnot 7), punkt 48.

9 — Direktiv 2005/29 omsätter på normativ nivå kommissionens förslag vad gäller konsumentskyddets framtid inom Europeiska unionen, som framfördes i dess grönbok av den 2 oktober 2001 (KOM(2001)0531). I denna beklagade sig kommissionen över att den inre marknaden varken har förverkligat potentiella möjligheter för konsumenterna eller vad gäller B2C-transaktioner (B2C står för *business to consumer*, det vill säga kommunikation och handel mellan företag och privatpersoner, till skillnad från kommunikation och handel mellan företag eller mellan dessa företag och myndigheter, det så kallade B2B-området) håller jämna steg med den fortskrivande utvecklingen på den inre marknaden. Konsumenterna drar endast i mycket få fall nytta av den inre marknads direkta fördelar genom att göra inköp över gränserna. Enligt kommissionen beror detta på ett flertal fragmenterade bestämmelser i medlemsstaterna och ett fragmenterat system för verkställande, som har en avskräckande inverkan på konsumenterna. Kommissionen föreslog i denna bland annat att ett EU-ramdirektiv för harmonisering av de nationella bestämmelserna om tillbörliga affärsmetoder på B2C-området skulle antas. Deras försök att utforma detta ramdirektiv kommer till uttryck i dagens direktiv 2005/29. Enligt Wendehorts, C., "Auf dem Weg zu einem zeitgemäßen Verbraucherprivatrecht: Umsetzungskonzepte", *Neuordnung des Verbraucherprivatrechts in Europa?* (utgiven av Brigitta Jud och Christiane Wendehorst), Wien, 2009, s. 166, har den stimulerande av den inre marknaden för konsumentaffärer som önskats genom minimiharmoniseringen till stor del uteblivit. Skälet för detta anses bland annat vara de stora skillnader som finns vad gäller införlivandet mellan olika rättsordningar. Dessa skillnader utgör ett hinder för den inre marknaden av den anledningen att genomsnittskonsumenten inte har kännedom om de minimikrav som garanteras i Europa. Dessutom hindras näringsidkare från att tillhandahålla varor och tjänster över gränserna, eftersom anpassningen till flera olika skydds nivåer medför höga kostnader. Av det skälet har den europeiske lagstiftaren övergått till att inte endast fastställa minimikrav i direktivbestämmelserna utan samtidigt även maximikrav för konsumentskydd genom så kallad fullständig harmonisering.

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

10 — Se även Henning-Bodewig, F., "Die Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken", *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Internationaler Teil*, 2005, häfte 8/9, sidorna 629 och 630, Massaguer, J., *El nuevo derecho contra la competencia desleal – La Directiva 2005/29/CE sobre las Prácticas Comerciales Desleales*, Cizur Menor, 2006, sidorna 14, 51 och 53, Micklitz, H.-W., "Das Konzept der Lauterkeit in der Richtlinie 2005/29/EG", *Droit de la consommation/ Konsumentenrecht/Consumer law, Liber amicorum Bernd Stauder*, Basel, 2006, sidorna 299 och 306, Kessler, J., "Lauterkeitsschutz und Wettbewerbsordnung – Zur Umsetzung der Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken in Deutschland und Österreich", *Wettbewerb in Recht und Praxis*, häfte 7, 2007, s. 716, De Cristoforo, G., "La direttiva 2005/29/CE – Contenuti, rationes, caratteristiche", *Le pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori*, Turin, 2007, sidorna 32 och 33, Di Mauro, L., "L'iter normativo: Dal libro verde sulla tutela dei consumatori alla direttiva sulle pratiche commerciali sleali", *Le pratiche commerciali – Direttive comunitaria ed ordinamento italiano*, Milano, 2007, s. 26, som anser att syftet med direktiv 2005/29 är en fullständig harmonisering av de nationella reglerna.

39. Förbundsrepubliken Tyskland har formellt fullgjort sin införlivandeskyldighet genom att anta den första ändringslagen till UWG av den 22 december 2008 som trädde i kraft den 30 december 2008.<sup>11</sup> Den omtvistade bestämmelsen i 4 § punkt 6 UWG antogs emellertid inte för att införliva direktiv 2005/29 utan hänför sig till tidigare nationell lagstiftning. Den hänskjutande domstolen har i beslutet att begära förhandsavgörande framfört tvivel vad gäller frågan om huruvida denna bestämmelse är förenlig med gemenskapsrätten. Såsom den hänskjutande domstolen fastställt med hjälp av de lagförarbeten som den har tillgång till<sup>12</sup> har 4 § punkt 6 UWG varken ändrats eller strukits vid införlivandet av direktiv 2005/29 med den nationella lagstiftningen.

## B — Huruvida begäran om förhandsavgörande kan upptas till sakprövning

### 1. Domstolens behörighet

40. Den spanska regeringen har till stöd för sin invändning om rättegångshinder i första

hand anfört att tolkningsfrågan inte har något gemenskapsintresse. Den har härvid åberopat domen i målet Jägerskiöld,<sup>13</sup> där det i punkt 45 anges att ”fördragets bestämmelser om frihet att tillhandahålla tjänster inte är tillämpliga på en situation som den i förevarande fall, där alla omständigheter är begränsade till att avse en medlemsstats inre förhållanden”. I den mån som den spanska regeringen antytt att omständigheterna saknar gränsöverskridande inslag ska dess argumentation i processuellt hänseende tolkas så att den därmed har bestridit domstolens behörighet.

41. Det ska inledningsvis fastställas att begäran om förhandsavgörande som var föremål för ovan nämnda mål endast avsåg tolkningen av de primärrättsliga bestämmelserna om fri rörlighet för varor och frihet att tillhandahålla tjänster. För att dessa bestämmelser ska kunna tillämpas krävs att det föreligger ett gränsöverskridande inslag.<sup>14</sup> I förevarande mål har domstolen emellertid anmodats att tolka ett direktiv som är en gemenskapsrättslig sekundärrättsakt i den mening som avses i artikel 249.3 EG. Det föreligger följaktligen redan i det avseendet en skillnad mellan de båda målen.

11 — Med anledning av att direktiv 2005/29 införlivades för sent väckte kommissionen en fördragsbrottstalan mot Förbundsrepubliken Tyskland (överträdelse 2007/0890) och den 16 juli 2008 väckte kommissionen talan vid domstolen i enlighet med artikel 226.2 EG. Den tyska regeringen svarade genom skrivelse av den 6 oktober 2008, vilken inkom till domstolens kansli den 13 oktober 2008. Genom skrivelse som inkom den 24 februari 2009 underrättade kommissionen domstolen, i enlighet med artikel 78 i domstolens rättegångsregler, att den avsåg att återkalla talan. Genom beslut av den 20 mars 2009 beslutade domstolens ordförande att avskryva mål C-326/08 (kommissionen mot Tyskland) från domstolens register och förplikta Förbundsrepubliken Tyskland att ersätta kostnaderna.

12 — Se den hänskjutande domstolens uttalanden i punkt 8 i beslutet om hänskjutande.

13 — Domen i målet Jägerskiöld (ovan fotnot 5), punkt 45.

14 — Se, för ett liknande resonemang, Becker, U., *EU-Kommentar* (utgiven av Jürgen Schwarze), första upplagan, Baden-Baden, 2000, artikel 28, punkt 19, s. 437. Lenaerts, K., Arts, D., och Maselis, I., *Procedural Law of the European Union*, andra upplagan., London, 2006, punkt 6-024, s. 191, har i detta avseende påpekat att domstolen vid prövningen av om en nationell bestämmelse är förenlig med de primärrättsliga bestämmelserna om den fria rörligheten för personer, varor och kapital ska pröva om omständigheterna har anknytning till gemenskapsrätten. Om det nämligen visar sig att omständigheterna endast äger rum i en och samma medlemsstat så kan bestämmelserna i fördraget inte tillämpas.

42. Det ska dessutom erinras om att det – inom ramen för det samarbete mellan domstolen och de nationella domstolarna som har inrättats genom artikel 234 EG – uteslutande ankommer på de nationella domstolar vid vilken tvisten anhängiggjorts och som har ansvaret för det rättsliga avgörandet att, mot bakgrund av de särskilda omständigheterna i målet som är anhängigt vid dem, bedöma såväl om ett förhandsavgörande är nödvändigt för att döma i saken, som relevansen av de frågor som ställs till domstolen.<sup>15</sup>

43. Då de frågor som ställts av de nationella domstolarna avser tolkningen av en gemenskapsrättslig bestämmelse är EG-domstolen således i princip skyldig att meddela ett förhandsavgörande<sup>16</sup> när det inte är uppenbart att begäran om förhandsavgörande i verkligheten syftar till att få EG-domstolen att uttala sig utan att det föreligger en verklig tvist eller att avge rådgivande utlåtanden om allmänna eller hypotetiska frågor, när den begärda tolkningen av gemenskapsrätten saknar samband med verkligheten eller tvistens föremål eller när EG-domstolen inte

har kännedom om de faktiska eller rättsliga omständigheter som är nödvändiga för att på ett ändamålsenligt sätt kunna besvara de frågor som ställts till den.<sup>17</sup>

44. Den spanska regeringens argumentation föranleder svaret att bedömningen om ”helt och hållet nationella” faktiska omständigheter föreligger inte avser huruvida tolkningsfrågan kan tas upp till sakprövning utan tolkningen av gemenskapsrätten.<sup>18</sup> Det ska därutöver erinras om att domstolen även motiverat sin behörighet med att det är av uppenbart intresse att, för att undvika framtida tolkningsavvikelser, ge varje gemenskapsrättslig bestämmelse en enhetlig tolkning oavsett under vilka omständigheter den kommer att tillämpas.<sup>19</sup>

45. Den spanska regeringens argument kan följaktligen inte godtas.

15 — Se, bland annat, dom av 18 oktober 1990 i de förenade målen C-297/88 och C-197/89, Dzodzi (REG 1990, s. I-3763; svensk specialutgåva, volym 10, s. 531), punkterna 33 och 34, av den 8 november 1990 i mål C-231/89, Gmurzynska-Bscher (REG 1990, s. I-4003), punkterna 18 och 19, av den 17 juli 1997 i mål C-28/95, Leur-Bloem (REG 1997, s. I-4161), punkt 24, och av den 29 januari 2008 i mål C-275/06, Promusic (REG 2008, s. I-271), punkt 36.

16 — Se, bland annat, dom av den 13 mars 2001 i mål C-379/98, PreussenElektra (REG 2001, s. I-2099), punkt 38, av den 22 maj 2003 i mål C-18/01, Korhonen m.fl. (REG 2003, s. I-5321), punkt 19, av den 5 februari 2004 i mål C-380/01, Schneider (REG 2004, s. I-1389), punkt 21, av den 19 april 2007 i mål C-295/05, Asemfo (REG 2007, s. I-2999), punkt 30, och domen i målen VTB-VAB och Galatea (ovan fotnot 7), punkt 32.

17 — Se, bland annat, dom av den 16 december 1981 i mål 244/80, Foglia mot Novello (REG 1981, s. 3045; svensk specialutgåva, volym 6, s. 243), punkt 18, av den 15 juni 1995 i de förenade målen C-422/93–C-424/93, Zabala Erasun m.fl. (REG 1995, s. I-1567), punkt 29, av den 15 december 1995 i mål C-415/93, Bosman (REG 1995, s. I-4921), punkt 61, och av den 12 mars 1998 i mål C-314/96, Djabali (REG 1998, s. I-1149), punkt 19, domen i målet PreussenElektra (ovan fotnot 16), punkt 39, domen i målet Schneider (ovan fotnot 16), punkt 22, dom av den 1 april 2008 i mål C-212/06, Gouvernement de la Communauté française och Gouvernement wallon (REG 2008, s. I-1683), punkt 29, samt domen i målen VTB-VAB och Galatea (ovan fotnot 7), punkt 33.

18 — Se mitt förslag till avgörande av den 11 september 2008 i mål C-351/07, CEPAV DUE m.fl., punkt 43.

19 — Se domen i målet Dzodzi (ovan fotnot 15), punkt 37, domen i målet Leur-Bloem (ovan fotnot 15), punkt 32, dom av den 11 januari 2001 i mål C-1/99, Kofisa Italia (REG 2001, s. I-207), punkt 32, av den 29 april 2004 i mål C-222/01, British American Tobacco (REG 2004, s. I-4683), punkt 40, av den 16 mars 2006 i mål C-3/04, Poseidon Chartering (REG 2006, s. I-2505), punkt 16, och av den 11 december 2007 i mål C-280/06, ETI m.fl. (REG 2007, s. I-10893), punkt 21.

## 2. Tolkningsfrågans relevans

46. Den omständigheten att den spanska regeringen gjort gällande att direktiv 2005/29 inte kan tillämpas i förevarande fall ska i processrättsligt hänseende tolkas som att den bestridit tolkningsfrågans relevans för lösningen av tvisten i det nationella målet.

47. Såsom påpekats ovan bryts presumptionen, att de frågor angående vilka nationella domstolar begär förhandsavgörande är relevanta, endast i undantagsfall, särskilt i de fall där det är uppenbart att den begärda tolkningen av de gemenskapsrättsliga bestämmelserna inte har något samband med de verkliga omständigheterna eller föremålet för tvisten i målet vid den nationella domstolen.<sup>20</sup>

48. Det är inte uppenbart att den förevarande frågan saknar betydelse med avseende på det avgörande som den hänskjutande domstolen har att meddela. Såsom den hänskjutande domstolen nämligen utförligt förklarar i beslutet att begära förhandsavgörande beror utgången i det nationella målet, i den mån det är fråga om ett förbuds föreläggande, på om bestämmelserna i 3 § och 4 § punkt 6 UWG är förenliga med direktiv 2005/29.<sup>21</sup> Om det förhåller sig på det sättet ska den hänskjutande domstolen ogilla överklagandet. Om det förbud mot tävlingar och lotterier som har ett samband med försäljning, som föreskrivs i 4 § punkt 6 UWG däremot skulle

gå utöver det skydd som fastställs i direktivet ska den hänskjutande domstolen, i den mån käranden har yrkat ett förbuds föreläggande, lämna talan utan bifall och upphäva den överklagade domen.

49. Enligt min mening saknar den spanska regeringens invändning att de bakomliggande handlingarna i förfarandet vid den nationella domstolen inträffade innan direktiv 2005/29 trädde i kraft och till och med innan direktivet antogs betydelse för frågan om direktiv 2005/29 är tillämpligt i målet i den nationella domstolen i den mån som detta är relevant för prövningen av huruvida begäran om förhandsavgörande kan tas upp till sakprövning. Den talan som ZBUW väckte i målet vid den nationella domstolen för att uppnå ett förbud, som den utverkade mot Plus i första instans avser, såsom den hänskjutande domstolen angett i beslutet att begära förhandsavgörande,<sup>22</sup> att förhindra överträdelser i framtiden. Om man tolkar den hänskjutande domstolens uttalanden om tillämplig nationell lagstiftnings rätt innebär detta att rätten att utverka ett förbud har rättsverkningar för den berörda svaranden som sträcker sig in i framtiden. Vad gäller de fortlöpande verkningarna av rätten att utverka ett förbud<sup>23</sup> är

22 — Se punkt 9 i beslutet om hänskjutande.

23 — Rätten att väcka förbudstalan enligt 8 § punkt 1 UWG är en materiellrättslig rättighet av ekonomisk art och inte enbart ett processuellt rättsmedel. Som en rätt att väcka förbudstalan vid överträdelser när det föreligger risk för upprepning (8 § punkt 1 första meningen UWG) och som en rätt att väcka förbudstalan i förebyggande syfte när det föreligger en risk för överträdelse (8 § punkt 1 andra meningen UWG) ger den en rätt till försvar. Denna rättighet uppstår när det föreligger en överhängande risk att den mot vilken förbudstalan riktas kommer att göra sig skyldig till en överträdelse. Det krävs inte att främmande intressen redan har skadats eller att det föreligger en risk för en ny störning (risk för upprepning). För att denna rättighet ska uppstå räcker att en störning kommer att inträffa inom en nära framtid (risk för överträdelse). Den rättsliga grunden för att göra gällande rätten att väcka förbudstalan, det vill säga för att förhindra störningen, är 3 § jämförd med exemplen i 4 § och de särskilda bestämmelserna i 5–7 §§ (se i detta avseende Piper, H., *Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb* (utgiven av Henning Piper och Ansgar Ohly), fjärde upplagan, München, 2006, 8 §, punkterna 3 och 5).

20 — Se bland annat domarna i målen Foglia mot Novello (ovan fotnot 17), punkt 18, Zabala Erasun m.fl. (ovan fotnot 17), punkt 29, Bosman (ovan fotnot 17), punkt 61, Djabali (ovan fotnot 17), punkt 19, Schneider (ovan fotnot 16), punkt 22, Gouvernement de la Communauté française och Gouvernement wallon (ovan fotnot 17), punkt 29, och VTB-VAB och Galatea (ovan fotnot 7), punkt 33.

21 — Se punkt 7 i beslutet om hänskjutande.

frågan om huruvida en bestämmelse som den i 4 § punkt 6 UWG är förenlig med direktiv 2005/29 fortfarande aktuell och relevant för parterna i målet vid den nationella domstolen samt för den nationella domstolen som ska avgöra målet.

50. Denna fråga är relevant särskilt med tanke på att såväl införlivandefristen, som fastställdes till den 12 juni 2007, som fristen för att senast tillämpa bestämmelserna i direktivet, som fastställdes till den 12 december 2007, hade överskridits vid tidpunkten för beslutet att begära förhandsavgörande som fattades den 5 juni 2008. Vid den tidpunkten hade den nationella lagstiftningen inte anpassats och den tyska lagstiftaren verkade inte heller överväga att upphäva det principiella förbudet mot kombinationserbjudanden i 4 § punkt 6 UWG, vilket även den nationella domstolen var medveten om, vilket framgår av begäran om hänskjutande.

51. Om det inte kan uteslutas att 4 § punkt 6 UWG är oförenlig med direktiv 2005/29, ska den nationella domstolen i egenskap av funktionell gemenskapsdomstol till följd av att en nationell konkurrensrättslig förbudstalan avser framtiden till nöds innan införlivandefristen löpt ut vara skyldig att inte tillämpa sådana nationella bestämmelser. Detta följer av gemenskapsrättens företrädare i förhållande till den nationella lagstiftningen<sup>24</sup> och framför allt av medlemsstaternas

skyldighet, enligt artikel 10.2 EG och artikel 249.3 EG, att vidta alla åtgärder som är nödvändiga för att uppnå det mål som föreskrivs i det berörda direktivet, vilket är en skyldighet som har fastställts i domstolens rättspraxis.

52. Såsom jag anfört i de förenade målen C-261/07 (VTB-VAB) och C-299/07 (Galatea)<sup>25</sup> är därmed även skyldigheten att avstå från varje åtgärd som skulle kunna utgöra hinder mot att uppnå syftet med ett direktiv förenad. Enligt domstolens rättspraxis följer det av såväl de ovannämnda bestämmelserna i fördraget som själva det aktuella direktivet att medlemsstaterna under ett direktivs införlivandefrist ska avhålla sig från att vidta åtgärder som allvarligt äventyrar det resultat som föreskrivs i direktivet.<sup>26</sup> Denna skyldighet åligger alla myndigheter i medlemsstaterna samt domstolarna inom ramen för deras behörighet.<sup>27</sup> Dessa ska eventuellt pröva om nationella rättsakter som antagits innan införlivandefristen löpt ut utgör hinder mot att uppnå syftet med direktivet.<sup>28</sup>

25 — Ovan fotnot 8, punkt 60.

26 — Dom av den 18 december 1997 i mål C-129/96, Inter-Environnement Wallonie (REG 1997, s. I-7411), punkt 45, av den 8 maj 2003 i mål C-14/02, ATRAL (REG 2003, s. I-4431), punkt 58, av den 22 november 2005 i mål C-144/04, Mangold (REG 2005, s. I-9981), punkt 67, och av den 4 juli 2006 i mål C-212/04, Adeneler m.fl. (REG 2006, s. I-6057), punkt 121.

27 — Dom av den 13 november 1990 i mål C-106/89, Marleasing (REG 1990, s. I-4135; svensk specialutgåva, volym 10, s. 575), punkt 8, av den 14 juli 1994 i mål C-91/92, Faccini Dori (REG 1994, s. I-3325; svensk specialutgåva, volym 16, s. I-1), punkt 26, domen i målet Inter-Environnement Wallonie (ovan fotnot 26), punkt 40, dom av den 25 februari 1999 i mål C-131/97, Carbonari m.fl. (REG 1999, s. I-1103), punkt 48, och av den 5 oktober 2004 i de förenade målen C-397/01–C-403/01, Pfeiffer m.fl. (REG 2004, s. I-8835), punkt 110.

28 — Domen i målet Inter-Environnement Wallonie (ovan fotnot 26), punkt 46. Se även, för ett liknande resonemang, Vclouch, P., Kommentar zu EU- und EG-Vertrag (utgiven av Heinz Mayer), Wien, 2004, artikel 249, punkt 45, s. 16.

24 — Se bland annat dom av den 5 februari 1963 i mål 26/62, Van Gend & Loos (REG 1963, s. 3; svensk specialutgåva, volym 1, s. 161), av den 15 juli 1964 i mål 6/64, Costa/E.N.E.L. (REG 1964, s. 1253), av den 17 december 1970 i mål 11/70, Internationale Handelsgesellschaft (REG 1970, s. 1125; svensk specialutgåva, volym 1, s. 503), och av den 9 mars 1978 i mål 106/77, Simmenthal (REG 1978, s. 629).



53. Domstolen fastställde följaktligen i domen *Adeneler*<sup>29</sup> att medlemsstaternas domstolar från och med det datum då ett direktiv träder i kraft i den utsträckning det är möjligt ska avhålla sig från att tolka den nationella rätten på ett sätt som efter utgången av införlivandefristen riskerar att allvarligt äventyra de mål som eftersträvas med direktivet.

54. Det ska dessutom beaktas att det enligt domstolens rättspraxis inte endast är de nationella bestämmelser som uttryckligen har till syfte att införliva ett direktiv som omfattas av dess tillämpningsområde, utan även – från och med den tidpunkt då direktivet träder i kraft – de sedan tidigare gällande nationella bestämmelser som kan säkerställa den nationella rättens förenlighet med direktivet.<sup>30</sup> Hit hör i förevarande fall även de bestämmelser i UWG som även existerade innan direktiv 2005/29 trädde i kraft, samt 3 § och 4 § punkt 6 UWG.

55. Om den nationella domstolen misstänker att en nationell lagstiftning kan äventyra syftet

med ett direktiv som ska införlivas efter utgången av införlivandefristen,<sup>31</sup> ska den redan under införlivandeperioden vidta de åtgärder som är nödvändiga och som gör det möjligt att förverkliga målen i direktivet.

56. Till följd av att förbudstalan avsåg framtiden var de tyska domstolarna behöriga att från den tidpunkten då direktiv 2995/29 trädde i kraft pröva huruvida 4 § punkt 6 UWG är förenlig med direktivet och i tveksamma fall hänskjuta en fråga till domstolen för förhandsavgörande avseende tolkningen av direktiv 2005/29 i enlighet med artikel 234.1 b EG.

57. Mot bakgrund av vad som anförts ovan kan det inte anses att tolkningsfrågan är irrelevant. Begäran om förhandsavgörande kan följaktligen tas upp till sakprövning.

29 — Domen i målet *Adeneler* m.fl. (ovan fotnot 26), punkt 123.

30 — Dom av den 7 september 2006 i mål C-81/05, *Cordero Alonso* (REG 2006, s. I-7569), punkt 29 och domen i målen *VTB-VAB* och *Galatea* (ovan fotnot 7), punkt 35.

31 — För att den nationella domstolen ska kunna ingripa krävs att risken finns att de mål som eftersträvas med direktivet motverkas efter det att fristen för införlivande har löpt ut (se även, för ett liknande resonemang, *Hoffmann, C.*, "Die zeitliche Dimension der richtlinienkonformen Auslegung", *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2006, häfte 46, s. 2116). Se, för ett liknande resonemang, även *Schroeder, W.*, *ELIV/EGV Kommentar* (utgiven av Rudolf Streinz), München, 2003, avseende artikel 249 EG, punkt 139, s. 2197, som anser att en skyldighet för myndigheterna och domstolarna att göra en direktivkonform tolkning endast undantagsvis kommer i fråga när lagstiftarens införlivandeåtgärder ger anledning att anta att förverkligandet av syftet med direktivet slutgiltigt kommer att äventyras.

C — *Prövning av tolkningsfrågan*

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

58. Det ska inledningsvis erinras om att domstolen vid tillämpningen av artikel 234 EG inte är behörig att avgöra om en nationell bestämmelse är förenlig med gemenskapsrätten. Domstolen är dock behörig att tillhandahålla den hänskjutande domstolen alla sådana uppgifter om gemenskapsrättens tolkning som gör det möjligt för sistnämnda domstol att i det aktuella målet pröva denna fråga.<sup>32</sup>

59. Syftet med tolkningsfrågan är att det ska klargöras om direktiv 2005/29 utgör hinder mot sådana nationella bestämmelser som 4 § punkt 6 UWG. Det ska i detta syfte inledningsvis prövas om dessa bestämmelser omfattas av det materiella tillämpningsområdet för direktiv 2005/29 och om de avser den personkrets som omfattas av direktivet. Det ska därefter prövas om direktiv 2005/29 ska tolkas på så sätt att det omfattar ett förbud mot den omtvistade affärsmetod som föreskrivs i 3 § och 4 § punkt 6 UWG.

32 — Se bland annat domen i målet *Costa mot E.N.E.L.* (ovan fotnot 24), samt dom av den 29 november 2001 i mål C-17/00, *De Coster* (REG 2001, s. I-9445), punkt 23, och av den 16 januari 2003 i mål C-265/01, *Pansard m.fl.* (REG 2003, s. I-683), punkt 18.

60. Enligt bestämmelserna i 4 § punkt 6 UWG jämförd med 3 § UWG förbjuds en näringsidkare att ställa som villkor för att en konsument ska få delta i en tävling eller ett lotteri att konsumenten köper varor eller tar en tjänst i anspråk, om inte tävlingen eller lotteriet är en naturlig del av varan eller tjänsten. Med andra ord innehåller de ett förbud mot att två olika varor eller tjänster förenas för att främja försäljningen och ska följaktligen tolkas som ett principiellt förbud mot kombinationserbjudanden.<sup>33</sup>

61. Såsom jag utförligt har angett i de förenade målen C-261/07 (VTB-VAB) och C-299/07 (*Galatea*)<sup>34</sup> och såsom domstolen har bekräftat i domen i samma mål<sup>35</sup> är kombinationserbjudandena affärshandlingar som tydligt ingår i en näringsidkares affärsstrategi och som direkt avser marknadsföring och försäljning.

33 — Se, för ett liknande resonemang, Köhler, H., *Wettbewerbsrecht – Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, München, 2007, 4 §, punkt 6.6, s. 308, Seichter, D., "Der Umsetzungsbedarf der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken", *Wettbewerb in Recht und Praxis*, 2005, s. 1095, som i samband med 4 § punkt 6 UWG uttryckligen talar om ett förbud mot kombinationserbjudanden.

34 — Ovan fotnot 8, punkterna 68–70.

35 — Domen i målen VTB-VAB och *Galatea* (ovan fotnot 7), punkterna 48 och 50.

62. De utgör därför affärsmetoder i den mening som avses i artikel 2 d i direktiv 2005/29 och omfattas således av dess materiella tillämpningsområde.

2. Den personkrets som omfattas av direktiv 2005/29

63. Huruvida de omtvistade nationella bestämmelserna i 4 § punkt 6 UWG avser den personkrets som omfattas av tillämpningsområdet för direktivet beror, såsom den polska regeringen med rätta har understrukit, på om de, såsom direktivet, syftar till att skydda konsumenter.

64. Direktivet reglerar nämligen endast B2C-området (*business to consumer*), det vill säga förhållandet mellan näringsidkare och konsumenter. Detta sammanhang betonas särskilt i skäl 8 enligt vilket konsumenternas ekonomiska intressen direkt skyddas genom detta direktiv.<sup>36</sup> Legitima konkurrenters ekonomiska intressen anses emellertid inte vara mindre skyddsvärda, vilket framgår av skäl 6

i direktivet, dock framför allt av skäl 8 i direktivet.<sup>37</sup>

65. Till skillnad från den tjeckiska regeringen<sup>38</sup> anser jag att det inte råder några tvivel om att syftet med bestämmelserna i 4 § punkt 6 UWG är att skydda konsumenter.

66. För det första anges i 1 § UWG uttryckligen att denna lag vid sidan av att skydda konkurrenter samt andra aktörer på marknaden även syftar till att skydda konsumenter mot otillbörlig konkurrens.<sup>39</sup> För det andra talar såväl förarbetena som syftet med 4 § punkt 6 UWG för en sådan tolkning av bestämmelserna. Genom dessa nationella bestämmelser kodifieras nämligen Bundesgerichtshofs<sup>40</sup> rättspraxis avseende 1 § UWG i dess tidigare lydelse enligt vilken det betraktades som konkurrensbegränsande att ställa som villkor för att en konsument skulle få delta i en tävling eller ett lotteri att

36 — Se även Hoeren, T., "Das neue UWG – der Regierungsentwurf im Überblick", *Betriebs-Berater*, 2008, s. 1183. Stuyck, J., "The Unfair Commercial Practices Directive and its Consequences for the Regulation of Sales Promotion and the Law of Unfair Competition", *The regulation of unfair commercial practices under EC Directive 2005/29 – New rules and new techniques*, Norfolk, 2007, s. 166.

37 — Se i detta avseende mitt förslag till avgörande i målen VTB-VAB och Galatea (ovan fotnot 8), punkterna 71 och 72.

38 — Se punkt 13 i den tjeckiska regeringens skrivelse.

39 — Lutz, R., "Veränderungen des Wettbewerbsrechts im Zuge der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken", *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht*, 2006, häfte 11, s. 909, har påpekat att UWG till skillnad från direktivet inte endast avser att skydda konsumenternas ekonomiska intressen utan även syftar till att skydda konkurrenter, konsumenter och andra aktörer på marknaden, vilket även framgår av 1 § UWG. UWG omfattar därför B2C-området och B2B-området.

40 — Se bland annat domar från Bundesgerichtshof av den 17 november 1972, I ZR 71/71 (Preisausschreiben), av den 17 februari 2000, I ZR 239/97 (Space Fidelity Peep-Show), av den 13 juni 2002, I ZR 173/01 (Kopplungsangebot I) och av den 13 november 2003, I ZR 40/01 (Umgekehrte Versteigerung II).

konsumenten köper varor eller beställer en tjänst. Enligt lagförarbetena<sup>41</sup> är syftet med lagstiftningen att skydda konsumenten från att hans frihet att fatta beslut påverkas på ett oskäligt sätt genom att hans spelbegär utnyttjas. Till grund härfor ligger övervägandet att sambandet mellan deltagande i ett lotteri och försäljning även kan ha så stor inverkan på en medveten genomsnittskonsumentens frihet att fatta beslut vid ett inköpstillfälle att det inte längre sker på grundval av rationella överväganden utan på grundval av en strävan efter att vinna den utlovade vinsten. Denna uppfattning företräds även enhälligt i juridisk doktrin.<sup>42</sup>

67. De nationella bestämmelserna avser följaktligen den personkrets som omfattas av direktiv 2005/29.

### 3. Undersökning av de båda regelverkens struktur

68. För att kunna fastställa om direktiv 2005/29 utgör hinder mot en sådan nationell bestämmelse som 4 § punkt 6 UWG, är det nödvändigt att undersöka de båda regelverkens normativa ändamål och struktur och därefter jämföra dem.

41 — Se den tyska regeringens lagförslag (BT-Drucksache 13/1487, s. 17).

42 — Se Piper, H. (ovan fotnot 23), 4.6 §, punkt 1, s. 348, Hecker, M., *Lauterkeitsrecht – Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb* (utgiven av Karl-Heinz Fezer), München, 2005, volym 1, 4–6 §, punkt 33, s. 707.

a) Bestämmelserna i direktiv 2005/29

i) Fullständig och maximal tillnärmning av de nationella reglerna som regleringsändamål

69. Som angetts ovan<sup>43</sup> syftar direktiv 2005/29 till en fullständig harmonisering av medlemsstaternas lagstiftning om otillbörliga affärsmetoder. Dessutom eftersträvas, till skillnad från vad som hittills varit fallet vad gäller sektorspecifika rättsakter för harmonisering av konsumentskyddslagstiftningen, inte endast en minimiharmonisering utan en maximal tillnärmning av den nationella lagstiftningen. Medlemsstaterna får, med vissa undantag, inte vidta åtgärder som är mer restriktiva än vad som föreskrivs i direktivet, även om detta skulle ske i syfte att säkerställa en högre konsumentskyddsnivå.<sup>44</sup> Båda delarna framgår av såväl ingressen till

43 — Se punkt 37 i detta förslag till avgörande.

44 — Se domen i målen VTB-VAB och Galatea (ovan fotnot 7), punkt 52. Se, för ett liknande resonemang, Massaguer, J. (ovan fotnot 10), s. 15, Abbamonte, G., "The unfair commercial practices Directive and its general prohibition", *The regulation of unfair commercial practices under EC Directive 2005/29 – New rules and new techniques*, Norfolk, 2007, s. 19, samt De Brouwer, L., "Droit de la Consommation – La Directive 2005/29/CE du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales", *Revue de Droit Commercial Belge*, häfte 7, september 2005, s. 796, som av den fullständiga harmoniseringen genom direktiv 2005/29 har dragit slutsatsen att medlemsstaterna inte får anta strängare bestämmelser, inte heller när de sistnämnda syftar till att säkerställa en högre konsumentskyddsnivå. De Cristofaro, G. (ovan fotnot 10), s. 32, anser att medlemsstaterna varken får avvika från bestämmelserna i direktivet eller fastställa en högre konsumentskyddsnivå. Enligt Kessler, J. (ovan fotnot 10), s. 716, fastställer direktivet inte endast miniminormer, utan hindrar samtidigt medlemsstaterna från att vidmakthålla bestämmelser som har antagits i konsumentskyddsintresse och som går utöver de materiella bestämmelser som föreskrivs i direktiven och därmed innehåller strängare krav.

direktivet som av dess allmänna bestämmelser.

anledningar som omfattas av det område som *tillnärmas* genom detta direktiv.

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

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

72. Som undantag föreskrivs i artikel 3.5 i direktiv 2005/29 att medlemsstaterna under en period på sex år från och med den 12 juni 2007 får fortsätta att tillämpa nationella bestämmelser, inom det område som tillnärmas genom detta direktiv, vilka är mer inskränkande eller mer föreskrivande än bestämmelserna i detta direktiv. Detta undantag gäller emellertid endast för de nationella bestämmelser som genomför direktiv som innehåller klausuler om minsta harmonisering.<sup>45</sup> Ett ytterligare undantag från den fullständiga harmoniseringen återfinns slutligen i artikel 3.9 när det gäller finansiella tjänster enligt definitionen i direktiv 2002/65 EG och fast egendom.

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

## ii) Strukturen i direktiv 2005/29

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

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

säga vilseledande eller aggressiva affärsmetoder, föreligger. Generalklausulen i artikel 5.1 i direktivet ska endast tillämpas direkt om så inte är fallet.<sup>46</sup>

## b) Bestämmelserna i UWG

75. Enligt fast rättspraxis har varje medlemsstat som ett direktiv är riktat till en skyldighet att i sin nationella rättsordning vidta alla nödvändiga åtgärder för att säkerställa direktivets fulla verkan i enlighet med det mål som eftersträvas med direktivet.<sup>47</sup> Därmed förbunden är den nationella lagstiftarens skyldighet att i vederbörlig ordning införliva det berörda direktivet med nationell rätt.<sup>48</sup>

46 — Se även prövningsschemat av De Cristofaro, G. (ovan fotnot 10), s. 12, och Henning-Bodewig, F. (ovan fotnot 10), s. 631.

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

48 — Införlivandet av direktiv är en del av ett lagstiftningsförfarande i två steg, varvid det andra steget ska ske på nationell nivå. Genom det materiella införlivandet på nationell nivå konkretiseras direktivet (se i detta avseende Vclouch, P. (ovan fotnot 28), artikel 249, punkterna 48 och 50, sidorna 17 och 18).

Enligt ordalydelsen i artikel 249.3 EG överläts emellertid åt de nationella myndigheterna att bestämma form och tillvägagångssätt för genomförandet. Denna valfrihet tillkommer framför allt den nationella lagstiftaren.

UWG uppfyller kraven enligt direktivet prövas, krävs en kort förklaring av huvudpunkterna i denna nationella lagstiftning.

i) Redogörelse för strukturen i förbudet i 3 § och 4 § punkt 6 UWG

76. Det har av det skälet erkänts i rättspraxis att ett korrekt införlivande av ett direktiv inte nödvändigtvis kräver att direktivbestämmelserna återges ordagrant i en uttrycklig och specifik lagregel.<sup>49</sup> Det viktiga är att den nationella lagstiftningen som sätts i kraft för att genomföra direktivet uppfyller kraven på rättslig klarhet och rättssäkerhet för att säkerställa att hela direktivet genomförs då den nationella lagstiftningen tillämpas av domstolar och myndigheter.<sup>50</sup>

78. I bestämmelsen i 3 § UWG i den lydelse av den 3 juli 2004 som var tillämplig vid tidpunkten för begäran om förhandsavgörande och därför är relevant här, föreskrivs ett förbud mot otillbörlig konkurrens. Denna grundläggande norm i lagstiftningen om tillbörliga affärsmetoder har utformats som en generalklausul som i omfattande omfattning är tillämplig när sanktionsåtgärder vidtas mot konkurrensrättsliga rättsstridiga handlingar. Denna generalklausul existerar även efter den lagändring som gjordes år 2008 i 3 § UWG i dess ändrade lydelse med smärre ändringar i ordalydelsen.

77. Innan frågan om och i vilken mån de omtvistade bestämmelserna i 4 § punkt 6

79. Den materiella skadeståndsrätten på konkurrensområdet omskrivs med hjälp av begreppet "otillbörlig konkurrens". I enlighet med systematiken i uppbyggnaden av UWG som i de allmänna bestämmelserna i kapitel 1 (1–7 §§) utöver klausulen om skyddssyfte i 1 § UWG och definitionen i 2 § UWG innehåller förbudsbestämmelser (3–7 §§), regleras de rättsliga följderna (8–10 §§) av ett äsidosättande av en förbudsbestämmelse och preskription (11 §) i kapitel 2 och den formella förfaranderätten i kapitel 3. Kapitel 4 innehåller straffrättsliga bestämmelser på konkurrensområdet (16–19 §§) och kapitel 5 (20–22 §§) slutbestämmelser.

49 — Se dom av den 28 februari 1991 i mål C-131/88, kommissionen mot Tyskland (REG 1991, s. I-825), punkt 6, av den 20 mars 1997 i mål C-96/95, kommissionen mot Tyskland (REG 1997, s. I-1653), punkt 35, av den 15 november 2001 i mål C-49/00, kommissionen mot Italien (REG 2001, s. I-8575), punkterna 21 och 22, av den 28 april 2005 i mål C-410/03, kommissionen mot Italien (REG 2005, s. I-3507), punkt 60. Seichter, D. (ovan fotnot 33), s. 1088, har med rätta hänvisat här till i samband med behovet att införliva direktiv 2005/29 med den tyska lagstiftningen.

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

80. 4 § UWG innehåller en lista med exempel. I densamma återfinns det omtvistade fallet rörande konsumenters deltagande i tävlingar och lotterier som konkretiserar det allmänna förbudet mot otillbörlig konkurrens i general-klausulen i 3 § UWG.<sup>51</sup> Därigenom har de fall som huvudsakligen utarbetats i tysk rätts-praxis och doktrin införts. Genom att upprätta en lista med exempel har den nationella lagstiftaren i stor utsträckning velat avlasta domstolen från uppgiften att konkretisera kriteriet otillbörlig<sup>52</sup> och skapa större öppenhet.<sup>53</sup> Eftersom 4 § punkt 6 UWG endast konkretiserar kriteriet otillbörlig, ska utöver villkoren för att tillämpa denna bestämmelse, såsom när det gäller de andra exemplen, även villkoren i 3 § UWG vara uppfyllda för att betrakta en handling som konkurrensbegränsande.<sup>54</sup> I dessa föreskrivs att otillbörlig konkurrens (eller affärshand-lingar enligt 3 § UWG i dess ändrade lydelse) ska vara ägnad att snedvrída konkurrensen på ett sätt som skadar konkurrenter, konsu-menter eller andra aktörer på marknaden. Den handling (eller affärshandling enligt 3 § UWG i dess ändrade lydelse) som talan avser ska följaktligen inte endast ha ägt rum inom ett konkret konkurrensförhållande utan ska även överskrida en viss tröskel, det vill säga vara av viss betydelse för konkurrensen och ha en betydande inverkan på de intressen som de kategorier av personer som skyddas har.

81. Genom att införa en ”bagatelltröskel” och ett ”märkbarhetskrav” avlastas de nationella domstolarna, eftersom de inte behöver pröva triviala fall av missbruk.<sup>55</sup> Avgörande för prövningen av huruvida de omtvistade bestämmelserna är förenliga med direk-tiv 2005/29 är enligt min mening hur hög eller hur låg den tröskel som de nationella konkurrensdomstolarna fastställer är.

c) Huruvida de omtvistade bestämmelserna är förenliga med direktiv 2005/29

i) Behovet av en direktivkonform tolkning

82. Det är nämligen inte endast bestämmel-sernas ordalydelse som är avgörande vid prövningen av frågan om huruvida nationella

51 — Enligt Köhler, H., ”Die UWG-Novelle”, *Wettbewerb in Recht und Praxis*, 2009, s. 112, ska exemplen på otillbörligt beteende i 4–6 §§ UWG tillämpas för att konkretisera begreppet tillbörligt i 3 § UWG.

52 — Se, för ett liknande resonemang, Köhler, H., *Wettbewerbs-recht – Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb* (ovan fotnot 33), 3 §, punkt 6, s. 152, Piper, H. (ovan fotnot 23), 4 §, punkt 2, s. 243.

53 — Se den tyska regeringens lagförslag (BT-Drucksache 15/1487, s. 18).

54 — Se den tyska regeringens lagförslag (BT-Drucksache 15/1487, s. 17). Se, för ett liknande resonemang, även Hecker, M. (ovan fotnot 42), 4–6 §, punkt 25, s. 704, Köhler, H., *Wettbe-werbsrecht – Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb* (ovan fotnot 34), 4 §, punkt 6.4, s. 309.

55 — Se, för ett liknande resonemang, Charaktiniotis, S., *Die lauterkeitsrechtlichen Zulässigkeitschranken der Kopplungs-angebote nach der Aufhebung der Zugabenverordnung*, Frankfurt am Main, 2006, s. 164. Enligt Köhler, H., ”Die Bagatellklausel in § 3 UWG”, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht*, 1/2005, s. 1, ska de ovan nämnda villkoren för att tillämpa 3 § UWG inte utgöra hinder mot att väcka talan i bagatellfall.



bestämmelser står i strid med gemenskapsrätten, utan därutöver måste även den nationella domstolens tolkning av dessa bestämmelser beaktas.<sup>56</sup> Genom att den återger den tolkning av lagen som är bindande för enskilda är den rättspraxis som har utvecklats i en medlemsstat avgörande för bedömningen av om den nationella lagstiftningen har införlivats och tolkats i enlighet med gemenskapsrätten.<sup>57</sup>

Detta framgår av hänvisningen till liknande uppfattningar i juridisk doktrin,<sup>60</sup> förklaringarna till de nationella bestämmelserna i beslutet om hänskjutande, men även av formuleringen av tolkningsfrågan enligt vilken kombinationserbjudanden är förbjudna enligt den omtvistade bestämmelsen "utan att det är avgörande om reklamen i det enskilda fallet medför skada för konsumenternas intressen". Denna formulering tyder på att 4 § punkt 6 UWG ska tolkas så, att den nationella domstolen nästan inte har något utrymme för skönmässig bedömning i det enskilda fallet. Den tyska regeringen har i sina skriftliga yttranden uppenbarligen också utgått från detta antagande när den i samband med de nationella bestämmelserna talar om ett "absolut" eller ett "generellt" förbud.<sup>61</sup>

83. Trots den omständigheten att endast kriteriet otillbörlig är uppfyllt när villkoren i 4 § punkt 6 UWG är uppfyllda och en handling enligt den nationella lagstiftningen följaktligen först är förbjuden när förutsättningarna i 3 § UWG är uppfyllda finns, såsom den nationella domstolen har påpekat,<sup>58</sup> i rättspraxis från Tysklands högsta domstol uppenbarligen en presumtion vid tillämpningen av 4 § punkt 6 UWG om att det skett en allvarlig begränsning av konkurrensen.<sup>59</sup>

56 — Lenaerts, K., Arts, D., och Maselis, I. (ovan fotnot 14), punkt 5-056, s. 162, har påpekat att räckvidden av nationella lagar, förordningar eller administrativa bestämmelser måste bedömas mot bakgrund av de nationella domstolarnas tolkning. Frågan om huruvida den nationella lagstiftningen hade tolkats i överensstämmelse med gemenskapsrätten var föremål för en begäran om förhandsavgörande från Bundesgerichtshof i dom av den 19 november 1996 i mål C-42/95, Siemens mot Nold (REG 1996, s. I-6017), samt från Hof van beroep te Gent i dom av den 16 december 2008 i mål C-205/07, Gysbrechts (REG 2008, s. I-9947).

57 — Se i detta avseende mitt förslag till avgörande av den 4 september 2008 i mål C-338/06, kommissionen mot Spanien (REG 2008, s. I-10139) (dom av den 18 december 2008), punkt 89.

58 — Se punkterna 10, 15, 20 och 21 i beslutet om hänskjutande.

59 — Se till exempel domen från Oberlandesgericht Celle av den 10 januari 2008 (nr 13 U 118/07). I denna dom påpekade Oberlandesgericht att 4 § punkt 6 UWG till skillnad från 4 § punkt 1 UWG enligt sin ordalydelse inte uttryckligen föreskriver att handlingen ska vara ägnad att påverka konsumentens frihet att fatta beslut. Enligt Oberlandesgericht utgick lagstiftaren tvärtom från att en sådan inverkan i princip föreligger när villkoren i 4 § punkt 6 UWG är uppfyllda.

60 — Enligt Köhler, H., "Die Bagatellklausel in § 3 UWG" (ovan fotnot 55), s. 6, till vilken den hänskjutande domstolen har hänvisat medför den omständigheten att deltagande i tävlingar och lotterier förenas med en föregående skyldighet att köpa en vara eller en tjänst, en icke endast obetydlig skada för konsumenternas intressen, eftersom de för att kunna delta tvingas till inköp som de inte planerat. Författaren har därav dragit slutsatsen att det inte är nödvändigt att göra ytterligare en prövning av huruvida det skett en allvarlig begränsning av konkurrensen på ett sätt som skadar konkurrenter, konsumenter eller andra aktörer på marknaden enligt 3 § UWG.

61 — Se punkterna 9 och 14 i den tyska regeringens skrivelse av den 14 oktober 2008. I denna skrivelse har den för det första anförts att "ytterligare *absoluta förbud* mot otillbörliga affärsmetoder är förenliga med systematiken i direktivet", och för det andra att "en nationell bestämmelse enligt vilken en sådan kombination i *allmänhet är förbjuden* är förenlig med direktivets syfte".

Det är därvid påfallande att dessa uttalanden delvis står i strid med senare uttalanden från den tyska regeringen i dess skrivelse av den 19 maj 2009 där den anförts att "det såväl enligt 3 § UWG i dess lydelse av den 3 juli 2004 som 3 § punkt 1 och 3 § punkt 2 UWG i dess lydelse av den 22 december 2008 ska säkerställas att frågan om huruvida kombinationserbjudanden är tillåtna i den mening som avses i 4 § punkt 6 UWG i dess respektive lydelse *ska bedömas mot bakgrund av omständigheterna i det enskilda fallet*" (se punkterna 15-17). Den tyska regeringen har i denna skrivelse vidare påstått att förbudet i 4 § UWG av den 3 juli 2004 mot säljfrämjande åtgärder inte är ett allmänt förbud som ska tillämpas automatiskt. Det ska tvärtom tillämpas under de villkor som anges i 3 § UWG. Enligt dessa ska handlingen prövas mot bakgrund av omständigheterna i det enskilda fallet. Samma sak gäller för den ändrade lydelsen av 3 § UWG som antogs i samband med införlivandet av direktivet.

ii) Prövning av förenligheten med direktivets bestämmelser

alla utan att köparen därigenom utlovas en större möjlighet till vinst.

84. Det ska i det följande undersökas om denna tolkning av 4 § punkt 6 UWG som kan jämföras med ett principiellt förbud mot kombinationserbudanden i samband med tävlingar eller lotterier är förenlig med direktivet. I detta syfte ska det prövningsschema som beskrivs i punkt 74 i detta förslag till avgörande läggas till grund för undersökningen.

86. Eftersom kombinationserbudanden i allmänhet inte hör till de affärsmetoder som anges i bilaga I, vilka under alla omständigheter ska betraktas som otillbörliga, får de i princip endast förbjudas om de utgör otillbörliga affärsmetoder, till exempel av det skälet att de är vilseledande eller aggressiva, i den mening som avses i direktivet.<sup>62</sup> Den affärsmetod som är förbjuden enligt 4 § punkt 6 UWG kan följaktligen varken betraktas som vilseledande eller aggressiv, i den mening som avses i artikel 5.4 i direktivet.

— Artikel 5.4 och 5.5 i direktiv 2005/29

85. Det ska inledningsvis fastställas att affärsmetoder som är förbjudna enligt 4 § punkt 6 UWG inte motsvarar något av de fall av otillbörliga affärsmetoder som anges i bilaga I till direktivet.<sup>62</sup> Bland annat är inte det fall som anges i punkt 16 där reklamen innehåller påståendet att vissa produkter kan underlätta vinst i hasardspel tillämpligt. Det avser en särskild form av reklam, men inte tillämpning av kombinationserbudanden. Bortsett från detta innehåller inte den reklam som klaganden i målet vid den nationella domstolen gör påståendet att möjligheten att vinna ökar vid köp av en vara, vilket den portugisiska regeringen med rätta har påpekat. Den erbjuder endast en möjlighet att delta i ett hasardspel som är tillgängligt för

— Artikel 5.2 i direktiv 2005/29

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

62 — Lutz, R. (ovan fotnot 39), s. 910, har också fastställt att 4 § punkt 6 UWG inte har någon motsvarighet i de exempel som anges i direktivet. Författaren har därför frågat sig om denna bestämmelse kan vidmakthållas.

63 — Se mitt förslag till avgörande i målen VTB-VAB och Galatea (ovan fotnot 8), punkt 82.

i förhållande till produkten hos genomsnittskonsumenten. I detta syfte ska de kumulativa villkoren i artikel 5.2 a och b vara uppfyllda.<sup>64</sup>

88. Enligt den tyska regeringen förhåller det sig på det sättet vad gäller den affärsmetod som är förbjuden enligt 4 § punkt 6 UWG, varvid den som motivering huvudsakligen har angett risken för manipulation som uppkommer genom att konsumentens spelbegär utnyttjas.

Åsidosättande av god yrkessed

89. Begreppet god yrkessed definieras i artikel 2 h i direktivet som "den nivå av fackmässighet och aktsamhet som en näringsidkare skäligen kan förväntas visa gentemot konsumenterna motsvarande hederlig marknadspraxis och/eller den allmänna principen om god tro i näringsidkarens bransch".

90. Denna definition som bland annat anknyter till det vaga rättsliga begreppet

64 — Se, för ett liknande resonemang, Abbamonte, G. (ovan fotnot 44), s. 21, och Massaguer, J. (ovan fotnot 10), s. 58.

hederlig marknadspraxis innefattar en värdering som kan variera medlemsstaterna emellan på grund av rådande kulturella förhållanden och moraliska föreställningar.<sup>65</sup> Den omständigheten att syftet med direktivet enligt skäl 13 är att genom tillnärmning av lagstiftning avlägsna hinder för den inre marknaden som en tillämpning av olika generalklausuler och rättsprinciper för med sig, särskilt som medlemsstaterna uppenbarligen har ett visst utrymme för att självständigt lagstifta inom ett snävt begränsat område utgör inte heller hinder mot detta.<sup>66</sup> Detta har uttryckligen erkänts i direktivet. Av skäl 7 framgår nämligen att direktivet inte "omfattar ... rättsliga krav när det gäller smak och anständighet, där det finns stora variationer mellan medlemsstaterna". Som exempel anges att det i vissa medlemsstater inte är önskvärt att människor tilltalar på gatorna. Av den anledningen anges också i samma skäl att "[m]edlemsstaterna ... även i fortsättningen med hänvisning till smak och anständighet [bör] kunna förbjuda affärsmetoder på sitt territorium i överensstämmelse med gemen-

65 — Se även Micklitz, H.-W. (ovan fotnot 10), s. 308, samt Massaguer, J. (ovan fotnot 10), s. 69, som anser att definitionen av god yrkessed i artikel 2 h i direktivet på grund av tillämpningen av vaga rättsliga begrepp som "hederlig marknadspraxis" och "god tro" kan leda till divergerande tolkningar.

66 — Glöckner, J., och Henning-Bodewig, F., "EG-Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken: Was wird aus dem 'neuen' UWG?", *Wettbewerb in Recht und Praxis*, 11/2005, s. 1323, har hänvisat till medlemsstaternas utrymme för skönsmässig bedömning vid införlivandet av direktiv som är större ju vagare de gemenskapsrättsliga bestämmelserna är. Med hänsyn till att begreppet otillbörlig är vagt är den nationella lagstiftaren fri att vid införlivandet av generalklausulen i enlighet med sina traditioner beivra användningen av affärsmetoder som strider mot god sed eller god tro, så länge som kompletteringen av dessa begrepp inte avviker från begreppet otillbörlig i artikel 5.2 jämförd med artikel 2.1 h i direktiv 2005/29. Motsvarande gäller i samband med begreppet hederlig marknadspraxis, Micklitz, H.-W. (ovan fotnot 10), sidan 309 och följande sida. Författaren talar om ett utrymme för skönsmässig bedömning för medlemsstaterna när det gäller gott omdöme och anständighet.

skapsrätten även om sådana metoder inte begränsar konsumenternas valfrihet”.

91. Det framgår även av domstolens rättspraxis i de så kallade hasardspeldomarna att hasardspel innebär en potentiell risk för medlemsstaternas samhällen och att medlemsstaterna därför måste kunna vidta motsvarande åtgärder för att begränsa de risker som är förknippade med spelberoende.<sup>67</sup> I denna dom gjordes en avvägning mellan friheten att tillhandahålla tjänster och etableringsfriheten, å ena sidan, och skydd avseende tvingande skäl av allmänintresse, såsom att skydda konsumenterna, att förhindra bedrägerier och att medborgarna lockas till överdrivna spelutgifter samt att förhindra att ordningen i samhället störs, å andra sidan.<sup>68</sup> I denna dom erkände domstolen medlemsstaternas behörighet att ”fastställa målsättningar för sin politik i fråga om hasardspel och, vid behov, exakt fastställa den eftersträlvade skyddsnivån”. Enligt domstolen kan ”de moraliska, religiösa eller kulturella

särdrag samt de moraliskt och ekonomiskt skadliga följder för den enskilde och samhället som omgärdar spel och vadhållning vara omständigheter som motiverar att de nationella myndigheterna ges ett tillräckligt utrymme för skönsmässig bedömning när det gäller att fastställa vad som krävs för att skydda konsumenterna och ordningen i samhället”, under förutsättning att de åtgärder som vidtas är proportionerliga.<sup>69</sup>

92. Enligt min mening är det, med hänsyn till intresset av en enhetlig rättspraxis, nödvändigt att även tillämpa de ovannämnda principerna vid tolkningen av artikel 5.2 a i direktivet, särskilt kriteriet hederlig marknadspraxis och ge medlemsstaterna, inom de gränser som fastställs i gemenskapslagstiftningen, ett tillräckligt utrymme för skönsmässig bedömning när det gäller att vidta åtgärder för att begränsa de risker som är förknippade med spelberoende.

93. De allmänna anmärkningar som den tyska regeringen framställt mot att en affärsmetod, som använder sig av den lockande verkan som hasardspel har, ingår i kategorin moraliska förbehåll. Såsom den tyska rege-

67 — I sitt förslag till avgörande av den 14 oktober 2008 i mål C-42/07, Liga Portuguesa de Futebol Profissional, punkterna 28–33, hänvisade generaladvokaten Bot till de samhällsrisiker som är förknippade med hasard- och penningspel. Enligt egen uppgift kan spelen föranleda en spelare att äventyra sin ekonomiska situation och sitt familjeliv, och rent av sin hälsa. Hasard- och penningspel kan vidare, på grund av de stora insatser som är involverade, lämna sig för fusk från en anordnarens sida som vill se till att resultatet av en lottdragning eller ett sportevenemang gynnar honom i största möjliga mån. Slutligen kan hasard- och penningspel användas för ”penningtvätt” av pengabelopp som erhållits under illegala förhållanden.

68 — Se dom av den 24 mars 1994 i mål C-275/92, Schindler (REG 1994, s. I-1039; svensk specialutgåva, volym 15, s. 119), punkterna 57–60, av den 21 september 1999 i mål C-124/97, Läära m.fl. (REG 1999, s. I-6067), punkterna 32 och 33, av den 21 oktober 1999 i mål C-67/98, Zenatti (REG 1999, s. I-7289), punkterna 30 och 31, av den 6 november 2003 i mål C-243/01, Gambelli m.fl. (REG 2003, s. I-13031), punkterna 60–67, av den 6 mars 2007 i de förenade målen C-338/04, C-359/04 och C-360/04, Placanica m.fl. (REG 2007, s. I-1891), punkterna 45–49. Se även domar från Efta-domstolen av den 14 mars 2007 i mål E-1/06, EFTA Surveillance Authority mot Norge (EFTA Court Report 2007), punkt 34, och av den 30 maj 2007 i mål E-3/06, Ladbrokes Ltd. mot The Government of Norway, Ministry of Culture and Church Affairs and Ministry of Agriculture and Food (EFTA Court Report 2007), punkt 44.

69 — Se domen i målet Schindler (ovan fotnot 69), punkt 61, domen i målet Läära m.fl. (ovan fotnot 69), punkt 35, domen i målet Zenatti (ovan fotnot 69), punkt 33, domen i målet Gambelli (ovan fotnot 69), punkt 63, domen i målet Placanica m.fl. (ovan fotnot 69), punkt 47. Se vidare domar från Efta-domstolen av den 14 mars 2007 i mål E-1/06, EFTA Surveillance Authority mot Norge (EFTA Court Report 2007), punkt 29, och av den 30 maj 2007 i mål E-3/06, Ladbrokes Ltd. mot The Government of Norway, Ministry of Culture and Church Affairs and Ministry of Agriculture and Food (EFTA Court Report 2007), punkt 42.

ringen med rätta har påpekat kan användningen av lotterier i reklambranschen väcka ett spelbegär hos människor. Sådana spel har inte minst på grund av löften om ibland mycket höga vinster en viss dragningskraft på människor. Användningen av lotterier kan fånga potentiella kunders uppmärksamhet och inom ramen för den marknadsföringsstrategi som valts, styra dem mot vissa mål. Argumentet att en sådan affärsmetod innehåller manipulativa element och därigenom eventuellt kan utgöra ett åsidosättande av god yrkessed kan därför inte underkännas.

94. En affärsmetod som innebär att konsumenters deltagande i tävlingar och lotterier förenas med en föregående skyldighet att köpa en vara eller ta en tjänst i anspråk, kan följaktligen under vissa omständigheter strida mot kraven på god yrkessed enligt artikel 5.2 a i direktivet.

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

95. Med uttrycket ”att avsevärt snedvrida konsumentens ekonomiska beteende” enligt artikel 5.2 b avses enligt legaldefinitionen i denna artikel ”att använda en affärsmetod i syfte att i märkbar mån försämra konsu-

mentens förmåga att fatta ett välgrundat beslut och därmed få konsumenten att fatta ett annat affärsbeslut än vad som annars skulle ha varit fallet”. Denna bestämmelse avser att skydda konsumentens frihet att fatta beslut.<sup>70</sup>

96. Sambandet mellan tävlingar och lotterier å ena sidan och försäljning å andra sidan kan med hänsyn till de risker som nämnts<sup>71</sup> och med utgångspunkt från att medlemsstaterna har ett lämpligt utrymme för skönsmässig bedömning i princip innebära en avsevärd snedvridning av konsumentens inköpsbeteende. Det kan, såsom den tyska regeringen med rätta förklarat<sup>72</sup> inte uteslutas att utsikten att delta gratis i lotteriet kan medföra att konsumenten för att kunna delta i lotteriet handlar för högre belopp än planerat. Det kan i princip även påverka konsumenten på så sätt att denna gör ytterligare inköp hos den näringsidkare som använder sådana marknadsföringsmetoder för att kunna delta i lotteriet.

97. Villkoret i artikel 5.2 b i direktivet är i princip uppfyllt om ett allmänt synsätt läggs till grund för bedömningen.

70 — Men inte konsumentens ekonomiska intresse. Enligt Abbamonte, G. (ovan fotnot 44), s. 23, är utgångspunkten i bestämmelsen att otillbörliga affärsmetoder i allmänhet snedvrider konsumentens preferenser genom att påverka deras frihet och möjlighet att fatta beslut. Konsumenter köper följaktligen varor som de inte behöver eller som de i annat fall hade ansett vara av sämre kvalitet om de inte hade påverkats. Enligt artikel 5.2 b i direktiv 2005/29 krävs emellertid inte att konsumenten har lidit ekonomisk skada. Författaren anser att ett sådant krav inte skulle ha varit lämpligt, eftersom det skulle ha inneburit en väsentlig sänkning av konsumentens skyddsnivån inom Europeiska unionen.

71 — Se punkt 93 i detta förslag till avgörande.

72 — Se punkt 23 i den tyska regeringens skrivelse.

Behovet av en omfattande bedömning av omständigheterna i det enskilda fallet

98. Det är emellertid oklart huruvida detta allmänna synsätt verkligen överensstämmer med syftet med direktivet samt gemenskapslagstiftarens vilja. Såsom jag redan förklarat i mitt förslag till avgörande i de förenade målen C-261/07 (VTB-VAB) och C-299/07 (Galatea)<sup>73</sup> kan frågan om huruvida förbud mot kombinationserbjudanden ska bedömas som otillbörliga av det skälet att de uppfyller villkoren i artikel 5.2 i direktivet nämligen inte besvaras allmängiltigt, utan det krävs i detta sammanhang en bedömning av den konkreta affärsmetoden i det enskilda fallet.

99. Detta framgår otvetydigt av skäl 7 i direktivet, enligt vilket det vid tillämpningen av detta direktiv, särskilt generalklausulerna i detsamma, bör göras en noggrann bedömning av omständigheterna i det enskilda fallet. Av ordet särskilt framgår även att bedömningen i det enskilda fallet inte endast avser tillämpningen av generalklausulen i artikel 5.1 utan även avser tillämpningen av bestämmelserna i artiklarna 5–9 som innebär en precisering av denna. Enligt skäl 17 utgår

även gemenskapslagstiftaren från att det krävs en prövning från fall till fall utifrån bestämmelserna i artiklarna 5–9 för det fall att en affärsmetod inte omfattas av de affärsmetoder som anges i bilaga I. Detta följer motsatsvis av den tredje meningen i skäl 17, i vilken det nämligen anges att de affärsmetoder som anges i förteckningen i bilaga I är de enda affärsmetoder som ”skall kunna bedömas som otillbörliga utan prövning från fall till fall utifrån bestämmelserna i artiklarna 5–9”.

100. Det principiella förbudet mot kombinationserbjudanden i 4 § punkt 6 UWG enligt den tolkning som beskrivits ovan innebär i praktiken att den förteckning över förbjudna affärsmetoder som bilaga I till direktivet innehåller utvidgas, vilket medlemsstaterna emellertid inte får göra med hänsyn till den fullständiga och maximala harmonisering som direktiv 2005/29 innebär.<sup>74</sup> Medlemsstaterna får inte heller göra ensidiga utvidgningar av förteckningen mot bakgrund av att den enligt artikel 5.5 endast får ändras genom en översyn av detta direktiv, det vill säga i enlighet med det medbeslutandeförfarande som föreskrivs i artikel 251 EG.

<sup>73</sup> — Ovan fotnot 8, punkt 83.

<sup>74</sup> — Abbamonte, G. (ovan fotnot 44), s. 21, har påpekat att medlemsstaterna själva inte får utvidga den uttömmande förteckning över förbjudna affärsmetoder som bilaga I till direktiv 2005/29 innehåller. Om de kunde göra detta skulle detta medföra att den maximala harmonisering som direktivet åsyftar kringgås, vilket skulle omintetgöra syftet att skapa rättsäkerhet. Seichter, D. (ovan fotnot 33), s. 1095, anser att förbudet mot kombinationserbjudanden i 4 § punkt 6 UWG ska strykas, eftersom det går utöver de fall som regleras i bilaga I.

101. Gemenskapslagstiftaren har till de nationella domstolarna eller myndigheterna överfört uppgiften att på grundval av konkreta omständigheter bedöma om en affärsmetod är tillbörlig, särskilt med avseende på dess verkan och genomsnittskonsumenter ekonomiska beteende. Till detta hänvisar uttryckligen ordalydelsen i skäl 18 i direktivet.<sup>75</sup> Enligt artiklarna 11 och 12 i direktivet ska de inom ramen för de sanktionssystem som ska skapas på nationell nivå säkerställa att detta direktiv efterlevs.<sup>76</sup> Målet att effektivt införliva

direktivet på nationell nivå omintetgörs om den tyska lagstiftaren emellertid fastställer principiella förbud som går utöver förteckningen i bilaga I till direktivet och inte ger statsmaktens organ, som ska tolka och verkställa lagar och som också är adressater till direktiv 2005/29, något utrymme för skönsmässig bedömning.<sup>77</sup>

75 — Se även Bernitz, U., "The Unfair Commercial Practices Directive: Scope, Ambitions and Relation to the Law of Unfair Competition", *The Regulation of Unfair Commercial Practices under EC Directive 2005/29 – New Rules and New Techniques*, Norfolk, 2007, s. 39, som också har åberopat skäl 18 i direktivet. I detta anges följande: "De nationella domstolarna och myndigheterna måste använda sitt eget omdöme, med beaktande av domstolens rättspraxis, när de fastställer genomsnittskonsumenter typiska reaktion i ett givet fall." I skäl 20 talas vidare om tillgripande av administrativa eller rättsliga åtgärder.

76 — I gemenskapens medlemsstater kan, beroende på historiska utvecklingar och olika strukturer i rättsordningarna, olika konkurrensrättsliga sanktionssystem påträffas. Gemenskapsrätten har hittills endast punktvis harmoniserat medlemsstaternas sanktions- och förfaranderegler och föreskriver själv inte något särskilt system för hur otillbörliga affärsmetoder bör bekämpas. Direktiv 2005/29 medför ingen ändring av denna gemenskapsrättsliga acceptans av olika nationella genomförandesystem. Det ankommer fortfarande på den nationella lagstiftaren att avgöra om otillbörliga affärsmetoder ska bekämpas på förvaltningsrättslig, straffrättslig eller civilrättslig väg, vilket bekräftas i artikel 11.1 tredje stycket i direktivet. Därvid är kombinationer av olika sanktionssystem tillåtna. De har även befogenhet att fastställa om ett rättsligt och/eller administrativt förfarande ska äga rum (se i detta avseende Alexander, C., "Die Sanktions- und Verfahrensvorschriften der Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken im Binnenmarkt – Umsetzungsbedarf in Deutschland?", *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht*, 2005, häfte 10, s. 810, och Massaguer, J. (ovan fotnot 6), s. 144).

102. En omfattande bedömning av omständigheterna i det enskilda fallet vid tillämpningen av artikel 5.2 i direktivet är desto mer nödvändigt, eftersom det inte kan presumeras att varje kombination av försäljning av varor och lotteri principiellt och *i sig* har en sådan manipulativ verkan som den tyska regeringen

77 — Stuyck, J. (ovan fotnot 36), s. 170, har påpekat att direktiv 2005/29 kräver en prövning från fall till fall om huruvida en affärsmetod är otillbörlig. Han anser därvid att en nationell bestämmelse som uppställer eller på ett abstrakt sätt reglerar ett principiellt förbud mot vissa former av marknadsföring som försäljning med förlust, av vinsterbjudanden, kuponger, utförsäljning, utan att ge den nationella domstolen befogenhet att från fall till fall pröva om den berörda affärsmetoden ska betraktas som otillbörlig gentemot konsumenter inte längre kan vidmakthållas med hänsyn till direktiv 2005/29.

anfört. Kriteriet avsevärd i artikel 5.2 b kräver att det görs en prövning i det enskilda fallet.<sup>78</sup> Villkoret avsevärd i artikel 5.2 b kräver en prövning i det enskilda fallet. Följaktligen kan situationer konstrueras där incitamentet att delta i en tävling eller i ett lotteri inte eller endast i ringa omfattning snedvrider konsumentens köpbeteende.

103. När det gäller målet vid den nationella domstolen kan det, utan att en bedömning av den nationella domstol som ska tillämpa gemenskapslagstiftningen i målet vid den nationella domstolen<sup>79</sup> föregrips, påpekas att utsikten att spela lotto inte kan få en genomsnittskonsument att handla för 100 euro, särskilt som beloppet är relativt högt, och var och en har tillträde till tävlingen. Den spanska regeringen har följaktligen rätt i att en

genomsnittskonsument som vill spela lotto i allmänhet inte kommer att vänta tills han har handlat för 100 euro för att få tillträde till tävlingen.<sup>80</sup> Genomsnittskonsumenten kommer i det omtvistade fallet följaktligen inse att förmånen endast innebär att konsumenten kan delta gratis i ett lotteri och att han för att kunna delta måste köpa varor för minst 100 euro. Mot denna bakgrund har konsumenten möjlighet att välja att delta i aktionen eller att täcka sitt behov hos en konkurrent.<sup>81</sup>

104. Sammanfattningsvis kan konstateras att sådana nationella bestämmelser som den som föreskrivs i 4 § punkt 6 UWG, enligt den tolkning som beskrivits ovan, som uppställer ett principiellt förbud mot kombinationserbjudanden, utan att ge möjlighet att kunna beakta omständigheterna i varje enskilt fall, är mer inskränkande och mer föreskrivande än bestämmelserna i direktiv 2005/29.

105. I detta sammanhang ska det konstateras att 4 § punkt 6 UWG avser ett område som omfattas av en fullständig harmonisering och

78 — Se, för ett liknande resonemang, Bloß, A., "Zum Kopplungsverbot für Preisausschreiben und Gewinnspielen", *Zeitschrift für Medien- und Kommunikationsrecht*, häfte 5, 2008, s. 487. Författaren anser att en prövning i det enskilda fallet enligt direktivet särskilt ska göras mot bakgrund av kriteriet avsevärd. Om gemenskapslagstiftaren hade velat införa ett förbud mot lotterier i kombination med inköp, hade det legat nära till hands att uttryckligen föreskriva ett sådant förbud i bilaga I till direktivet. Författaren anser att lotterier i kombination med inköp inte principiellt och i sig sannolikt kommer att innebära avsevärd snedvridding av inköpsbeteendet hos konsumenten. 4 § punkt 6 UWG möjliggör följaktligen inte någon bedömning i det enskilda fallet, vilket emellertid är tillåtet enligt villkoret otillbörlig i direktivet. Det är således osannolikt att det generella förbudet mot kombinationserbjudanden i 4 § punkt 6 UWG kan vidmakthållas. Enligt Leible, S., "BGH: Vereinbarkeit des deutschen Gewinnspiel-Kopplungsverbots mit der EG-Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken", *Lindenmaier-Möhring Kommentierte BGH-Rechtsprechung*, 2008, 269 263, hade det, om gemenskapslagstiftaren hade avsett att införa ett "per se-förbud" för tävlingar och lotterier som har ett samband med försäljning, oberoende av om sambandet innebär en otillbörlig påverkan av konsumenten, legat nära till hands att tävlingar och lotterier som har ett samband med försäljning, hade tagits upp i bilaga I till direktiv 2005/29 som en affärsmetod som under alla omständigheter är otillbörlig.

79 — Enligt Craig, P., och De Búrca, G., *EU Law*, fjärde upplagan., Oxford, 2008, s. 492, ger artikel 234 EG visserligen domstolen behörighet att tolka fördraget, men den ger inte uttryckligen behörighet att tillämpa detta i målet vid den nationella domstolen. Avgränsningen mellan tolkning och tillämpning kännetecknar fördelningen av behörighet mellan domstolen och de nationella domstolarna. Enligt denna ska domstolen tolka fördraget och de nationella domstolarna ska tillämpa denna tolkning i det konkreta fallet.

80 — Se punkt 10 i den spanska regeringens skrivelse.

81 — Se, för ett liknande resonemang, även Seichter, D., "EuGH-Vorlage zum Kopplungsverbot ('Millionen-Chance')", *juris PraxisReport Wettbewerbs- und Immaterialgüterrecht*, 8/2008, anmärkning 2.



för vilket övergångsbestämmelserna i artikel 3.5 i direktiv 2005/29 inte gäller. Undantagsbestämmelsen i artikel 3.9 i direktiv 2005/29 är inte heller tillämplig.

antagandet av UWG, som trädde i kraft den 8 juli 2004, till det ändrade kommissionsförslaget och framförde Europaparlamentets argumentation i motiveringen till 4 § punkt 6 UWG. I denna motiveras den konkurrensbegränsande verkan med att syftet med åtgärden är att utnyttja spelberoende och att därigenom försämlra konsumentens omdöme.

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

106. Frågan uppkommer vilka konsekvenser tillbakadragandet av kommissionsförslaget till en förordning om säljfrämjande åtgärder på den inre marknaden<sup>82</sup> har för denna tolkning. Den tyska regeringen har huvudsakligen åberopat de enskilda ändringar som gjorts i kommissionsförslaget inom ramen för lagstiftningsförfarandet<sup>83</sup> och som enligt dess uppfattning gjort det möjligt att nå ett brett samförstånd bland medlemsstaterna och Europaparlamentet vad gäller behovet av ett principiellt förbud mot kombinationserbjudanden.<sup>84</sup>

107. Enligt uppgifter från den tyska regeringen hänförde sig den tyska lagstiftaren vid

108. I motsats till vad den tyska regeringen har hävdad kan emellertid varken kommissionsförslaget till en förordning om säljfrämjande åtgärder på den inre marknaden eller de ändringsförslag som gjorts inom ramen för lagstiftningsförfarandet ligga till grund för slutsatser om tolkningen av direktiv 2005/29. Den har därvid nämligen åberopat ett förslag till gemenskapsbestämmelse som aldrig trädde i kraft. Den kan därför inte med framgång hävda att den hade berättigade förväntningar.<sup>85</sup> Såsom regeringen själv har förklarat pågick lagstiftningsförfarandet avseende förordningen respektive direktiv 2005/29 delvis samtidigt. Den tyska regeringen deltog, i egenskap av konstitutionell företrädare för en medlemsstat som representeras i rådet, till stor del i de båda lagstiftningsförfarandena och var därför hela tiden informerad om dess förlopp.<sup>86</sup> Den kan därför inte med rättslig verkan åberopa att den inte hade kännedom

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

83 — Kommissionens ändrade förslag till Europaparlamentets och rådets förordning om säljfrämjande åtgärder på den inre marknaden av den 25 oktober 2002, KOM(2002)585.

84 — Se punkterna 18–21 i den tyska regeringens skrivelse.

85 — Se mina överväganden avseende delvis liknande argument som framförts av den belgiska och den franska regeringen i mitt förslag till avgörande i de förenade målen VTB-VAB och Galatea (ovan fotnot 8), punkt 91.

86 — Av den tyska regeringens lagförslag (BT-Drucksache 15/1487, s. 12) framgår att den hade kännedom om att två projekt avseende lagstiftningen om tillbörliga affärsmetoder hade nämnts i Europeiska gemenskapens institutioner vid den tidpunkten. Det var i detta sammanhang fråga om det förslag till förordning om säljfrämjande åtgärder på den inre marknaden som ändrats efter samråd med Europaparlamentet och som enligt egna uppgifter "avslås av förbundsregeringen och de flesta medlemsstaterna". Förbundsregeringen har dessutom hänvisat till ett utkast till ramdirektiv som enligt egna uppgifter "bättre överensstämmer med förbundsregeringens föreställningar".

om förloppen i de båda lagstiftningsförfarandena.<sup>87</sup>

109. Domstolen betonade det särskilda ansvar som medlemsstaternas regeringar som företräds i rådet har vid införlivandet av direktiv. Den drog av den omständigheten att dessa deltar i det förberedande arbetet med utformningen av direktiven slutsatsen att de måste vara i stånd att inom den fastställda fristen utarbeta de lagbestämmelser som behövs för genomförandet av direktiven.<sup>88</sup>

110. Senast vid tidpunkten för tillbakadragandet av kommissionsförslaget<sup>89</sup> borde den tyska regeringen därför eventuellt ha prövat om det materiella tillämpningsområdet för direktiv 2005/29 även omfattade det område som det planerade direktivet hittills hade täckt. Det ligger nära till hands att bedöma att ett sådant tillvägagångssätt är nödvändigt, särskilt som syftet med direktiv 2005/29 i enlighet med dess ursprungliga koncept för det första var att införa allmänna subsidiära

bestämmelser inom ramen för gemenskapens lagstiftning på konsumentskyddsområdet och för det andra att uppnå en fullständig harmonisering av medlemsstaternas bestämmelser om otillbörliga affärsmetoder.<sup>90</sup> Mot den bakgrunden att tillbakadragandet skedde vid en tidpunkt då fristen för införlivande av direktivet fortfarande löpte var den tyska lagstiftaren skyldig att ta hänsyn till detta då den nationella lagstiftningen anpassades.

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

#### 4. Slutsatser

112. Av detta följer att det är möjligt att dra den slutsatsen att en sådan tolkning av 3 § och 4 § punkt 6 UWG som företräds i tysk rättspraxis från Tysklands högsta domstol, enligt vilken den nationella bestämmelsen utgör ett principiellt förbud mot kombinationserbudanden i samband med tävlingar och lotterier,<sup>91</sup> inte är förenlig med en direktivkonform tolkning.

113. Mot bakgrund av det ovan anförda följer att artikel 5.2 i direktivet ska tolkas så, att denna bestämmelse utgör hinder för en

87 — Se mitt förslag till avgörande av den 13 september 2007 i mål C-319/06, kommissionen mot Luxemburg (REG 2008, s. I-4323) (dom av den 19 juni 2008), punkt 45, i vilket jag ansåg att en regering, i egenskap av konstitutionell företrädare för en medlemsstat som representeras i rådet måste kunna göra gällande kännedom om de tolkningsförklaringar som avgavs av rådet vid lagstiftningsförfarandet mot den regeringen.

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

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

90 — Se även Stuyck, J. (ovan fotnot 36), s. 161, som förmodar att vissa medlemsstater uppenbarligen inte var på det klara med att bestämmelserna i det förslag till förordning som hade dragits tillbaka som avsåg förhållandet mellan näringsidkare och konsumenter slutligen återuppfångades av direktiv 2005/29 (med hänsyn till dess målsättning att åstadkomma en fullständig harmonisering).

91 — Se punkterna 81–83 i detta förslag till avgörande.

nationell bestämmelse enligt vilken en affärs-  
metod som innebär att konsumenters delta-  
gande i tävlingar och lotterier förenas med en  
föregående skyldighet att köpa en vara eller ta

en tjänst i anspråk, i princip är förbjuden utan  
att det är avgörande om reklamen i det  
enskilda fallet medför skada för konsumenten-  
ternas intressen.

## VII — Förslag till avgörande

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

Artikel 5.2 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2005/29/EG av den 11 maj 2005 om otillbörliga affärsmetoder som tillämpas av näringsidkare gentemot konsumenter på den inre marknaden och om ändring av rådets direktiv 84/450/EEG och Europaparlamentets och rådets direktiv 97/7/EG, 98/27/EG och 2002/65/EG samt Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 2006/2004 ska tolkas så, att denna bestämmelse utgör hinder för en nationell bestämmelse enligt vilken en affärsmetod som innebär att konsumenters deltagande i tävlingar och lotterier förenas med en föregående skyldighet att köpa en vara eller ta en tjänst i anspråk, i princip är förbjuden utan att det är avgörande om reklamen i det enskilda fallet medför skada för konsumenternas intressen.