

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT

V. TRSTENJAK

fremSAT den 21. oktober 2008¹

Indhold

I	— Indledning	I - 2954
II	— De relevante retsregler	I - 2954
	A — Fællesskabsbestemmelserne	I - 2954
	B — Nationale bestemmelser	I - 2958
III	— De faktiske omstændigheder, hovedsagen og de præjudicielle spørgsmål	I - 2960
IV	— Retsforhandlingerne ved Domstolen	I - 2962
V	— Parternes væsentligste argumenter	I - 2962
	Direktiv 2005/29	I - 2962
	Artikel 49 EF	I - 2964
VI	— Retlig vurdering	I - 2966
	A — Indledende bemærkninger	I - 2966
	B — Formaliteten med hensyn til de præjudicielle anmodninger	I - 2968
	1. Tilladt fortolkningsspørgsmål	I - 2968
	2. De præjudicielle spørgsmåls relevans	I - 2969
	C — Foreneligheden af den belgiske lovs artikel 54 med direktiv 2005/29	I - 2972
	1. Begrebet »handelspraksis« i artikel 2, litra d), i direktiv 2005/29	I - 2972
	2. Personelt anvendelsesområde for direktiv 2005/29	I - 2974

1 — Originalsprog: tysk.

3. Undersøgelse af de to regelsæts struktur	I - 2974
a) Bestemmelserne i direktiv 2005/29	I - 2974
i) Fuldstændig og maksimal tilnærmelse af de nationale bestemmelser som reguleringsformål	I - 2974
ii) Den normative struktur af direktiv 2005/29	I - 2976
b) Bestemmelserne i den belgiske lov	I - 2977
4. Tilbagetrækning af Kommissionens forslag til en forordning om salgss- fremmende foranstaltninger i det indre marked	I - 2980
5. Konklusion	I - 2981
D — Foreneligheden af den belgiske lovs artikel 54 med de grundlæggende friheder	I - 2981
1. Grundlæggende friheder som prøvelseskriterium	I - 2982
2. Anvendelsesområdet for de grundlæggende friheder	I - 2983
a) Fri udveksling af tjenesteydelser	I - 2983
b) Frie varebevægelser	I - 2983
c) Forholdet mellem den frie udveksling af tjenesteydelser og de frie varebevægelser	I - 2984
3. Begrænsning af de grundlæggende friheder	I - 2985
a) Frie varebevægelser	I - 2985
i) Foranstaltning med tilsvarende virkning	I - 2985
— Dassonville-formel	I - 2985
— Bestemte former for salg	I - 2986
ii) Foreløbig konklusion	I - 2987
b) Fri udveksling af tjenesteydelser	I - 2987
4. Begrundelse	I - 2989
a) Forbrugerbeskyttelse som et tvingende alment hensyn	I - 2989
b) Egnethed af et principielt forbud mod tilgift	I - 2990
	I - 2953

c) Nødvendighed/proportionalitet	I - 2990
5. Foreløbig konklusion	I - 2991
VII — Forslag til afgørelse	I - 2992

I — Indledning

1. Baggrunden for de foreliggende sager er to præjudicielle forelæggelser i henhold til artikel 234 EF fra Rechtbank van koophandel te Antwerpen, hvorved Domstolen i det væsentlige er anmodet om at besvare det spørgsmål, om direktiv 2005/29/EF om urimelig handelspraksis på det indre marked (herefter »direktiv 2005/29«)² og artikel 49 EF skal fortolkes således, at de er til hinder for en national lovgivning, som i princippet forbyder tilgift.

2. De sager, der skal undersøges nedenfor, vedrører hovedsagelig væsentlige aspekter af Fællesskabets harmoniserende lovgivning inden for forbrugerbeskyttelse samt om de frie varebevægelser og den frie udveksling af tjenesteydelser på tværs af grænserne i det indre marked.

2 — Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2005/29/EF af 11.5.2005 om virksomheders urimelige handelspraksis over for forbrugerne på det indre marked og om ændring af Rådets direktiv 84/450/EØF og Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 97/7/EF, 98/27/EF og 2002/65/EF og Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EF) nr. 2006/2004 (direktivet om urimelig handelspraksis) (EUT L 149, s. 22).

II — De relevante retsregler

A — Fællesskabsbestemmelserne

3. Betragtning 11 og 17 til direktiv 2005/29 har følgende ordlyd:

»(11) Det høje konvergensniveau, som opnås ved dette direktivs tilnærmelse af de nationale bestemmelser, skaber et højt fælles forbrugerbeskyttelsesniveau. I dette direktiv fastsættes et enkelt generelt forbud mod de former for urimelig handelspraksis, der forvrider forbrugernes økonomiske adfærd. Der fastsættes også bestemmelser om aggressiv handelspraksis, som på nuværende tidspunkt ikke er omfattet af fællesskabslovgivning.

[...] kommerciel kommunikation, herunder reklame og markedsføring, foretaget af en erhvervsdrivende med direkte relation til promovering, salg eller udbud af et produkt til forbrugerne

(17) Med henblik på at sikre yderligere retssikkerhed er det ønskeligt at få præciseret, hvilke former for handelspraksis der under alle omstændigheder anses for urimelige. Bilag I indeholder derfor en fuldstændig liste over alle disse former for praksis. Disse former for handelspraksis er de eneste, der kan anses for urimelige, uden først i hvert enkelt tilfælde at være blevet vurderet i forhold til bestemmelserne i artikel 5-9. Listen kan kun ændres ved en revision af direktivet.«

[...]«

5. Direktivets artikel 3, stk. 1 og 5, har følgende ordlyd:

4. Direktivets artikel 2 bestemmer følgende:

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

»I dette direktiv forstås ved:

[...]

[...]

d) »virksomheders handelspraksis over for forbrugerne« (i det følgende også benævnt »handelspraksis«): en handling, undladelse, adfærd eller fremstilling,

5. I en periode på seks år efter den 12. juni 2007 kan medlemsstaterne på det område, hvor der med dette direktiv sker en tilnærmelse, fortsætte med at anvende nationale bestemmelser, som er mere restriktive eller præskriptive end dette direktiv, og som implementerer direktiver med bestemmelser om minimumsharmonisering. Disse foran-

staltninger skal være væsentlige med henblik på at sikre, at forbrugerne beskyttes tilstrækkeligt mod urimelig handelspraksis, og skal stå i et rimeligt forhold til opfyldelsen af dette mål. Den revision, der er omhandlet i artikel 18, kan, hvis det anses for hensigtsmæssigt, omfatte et forslag om forlængelse af denne undtagelse med en yderligere begrænset periode.«

6. I henhold til direktivets artikel 4 må medlemsstaterne hverken begrænse friheden til at levere tjenesteydelser eller den frie bevægelighed for varer af grunde, der kan henføres til de områder, hvor der med dette direktiv sker en tilnærmelse.

7. Direktivets artikel 5, som har overskriften »Forbud mod urimelig handelspraksis«, bestemmer følgende:

»1. Urimelig handelspraksis forbydes.

2. En handelspraksis er urimelig, hvis

a) den er i modstrid med kravet om erhvervsmæssig diligenspligt

og

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

3. Handelspraksis, der på en måde, som den erhvervsdrivende med rimelighed kan forventes at forudse, må formodes kun at forvride den økonomiske adfærd væsentligt hos en klart identificerbar gruppe af forbrugere, som er særligt sårbare over for denne praksis eller det omhandlede produkt på grund af deres mentale eller fysiske handicap, alder eller godtroenhed, vurderes med udgangspunkt i et gennemsnitligt medlem af gruppen. Dette berører ikke den almindelige og legale reklamepraksis, der består i at fremsætte overdrevne udtalelser eller udtalelser, som ikke er beregnet til at blive opfattet bogstaveligt.

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

a) vildledende, jf. artikel 6 og 7

transaktionsbeslutning, som han ellers ikke ville have truffet [...]

eller

b) aggressiv, jf. artikel 8 og 9.

2. En handelspraksis betragtes også som vildledende, hvis den i sin faktuelle sammenhæng, idet der tages hensyn til alle elementer og betingelser, foranlediger gennemsnitsforbrugeren eller kan forventes at foranledige denne til at træffe en transaktionsbeslutning, som han ellers ikke ville have truffet [...]«

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

9. I direktivets artikel 8 defineres begrebet »aggressiv handelspraksis« på følgende måde:

8. I direktivets artikel 6 defineres begrebet »vildledende handlinger« på følgende måde:

»1. En handelspraksis betragtes som vildledende, hvis den indeholder urigtige oplysninger og derfor er usandfærdig eller f.eks. i kraft af sin generelle fremstillingsform vildleder eller kan forventes at vildlede en gennemsnitsforbruger, selv om oplysningerne er faktisk korrekte, med hensyn til et eller flere af følgende elementer og under alle omstændigheder foranlediger eller kan forventes at foranledige ham til at træffe en

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

10. Direktivets artikel 19 bestemmer følgende: erhvervsen af andre varer eller tjenesteydelser, uanset om disse er af samme art.

»Medlemsstaterne vedtager og offentliggør de nødvendige love og administrative bestemmelser for at efterkomme dette direktiv inden den 12. juni 2007. [...]

Bortset fra de nedenfor fastsatte undtagelser er enhver ydelse af tilgift over for forbrugere, som afgives af en sælger, forbudt. Enhver ydelse af tilgift over for forbrugere, som afgives af flere sælgere, der handler ud fra en fælles interesse, er ligeledes forbudt.«

Medlemsstaterne anvender disse bestemmelser fra den 12. december 2007. [...]

12. Den belgiske lovs artikel 55-57 indeholder en række undtagelser til dette forbud.

B — Nationale bestemmelser

11. Artikel 54 i den belgiske lov om markedsføring samt om oplysning og beskyttelse af forbrugerne (herefter »den belgiske lov«)³ har følgende ordlyd:

13. Den belgiske lovs artikel 55 bestemmer følgende:

»Med ydelse af tilgift er det tilladt at tilbyde følgende til en samlet pris:

»I henhold til denne artikel er der tale om tilgift, når erhvervsen mod eller uden vederlag af varer, tjenesteydelser, andre former for begunstigelser eller værdikuponer, der giver ret til erhvervsen heraf, er knyttet til

1. varer eller tjenester, der udgør en helhed

³ — Lov af 14.7.1991 om markedsføring samt om oplysning og beskyttelse af forbrugerne (officiel tysk oversættelse i *Belgisches Staatsblatt* af 19.1.1994).

[...]

2. identiske varer eller tjenesteydelser på betingelse af, at:
 1. tilhører til en primær vare, som producenten af varen har tilpasset specielt til denne vare, og som leveres sammen med varen for at udvide eller forenkle anvendelsen heraf
 2. den emballage eller de beholdere, der anvendes til at beskytte og emballere varen, under hensyntagen til denne vares art og værdi
 3. varer og tjenesteydelser, som i overensstemmelse med almindelig handelsskik anses for underordnede, samt levering, installation, kontrol og vedligeholdelse af de solgte varer
- a) Hver vare og tjenesteydelse kan erhverves særskilt til normalpris på samme forretningssted.
- b) Køberen informeres klart om denne mulighed og om enkeltprisen for hver vare og tjenesteydelse.
- c) Den prisreduktion, der i givet fald ydes køberen af alle varer eller tjenesteydelser, højst udgør en tredjedel af de sammenlagte enkeltpriser.«

14. Den belgiske lovs artikel 56 har følgende ordlyd:

4. prøver af det sortiment, som producenten eller leverandøren af den primære vare tilbyder, såfremt de tilbydes i de mængder eller størrelser, der er strengt nødvendige for at vurdere varens egenskaber
- »Det er tilladt at tilbyde følgende som tilgift til en primær vare eller tjenesteydelse:

5. farvefotos, klæbemærker og øvrige billeder med ringe handelsværdi
tanker minimum 25 l brændstof på deres bil eller minimum 10 l brændstof på deres knallert, vederlagsfrit er dækket af en vejser-vice-tjeneste (TOTAL ASSISTANCE) i tre uger.
6. lodsedler til lovligt godkendte lotterier
7. genstande med uudviskelige og klart synlige reklametekster, der som sådanne ikke findes i handelen, på betingelse af, at den af leverandøren betalte indkøbspris højst udgør 5% af salgsprisen af den primære vare eller tjenesteydelse, som de distribueres sammen med.«
17. Den 5. februar 2007 anlagde VTB ved Rechtbank van koophandel te Antwerpen søgsmål mod Total Belgium NV med påstand om, at denne handelspraksis blev bragt til ophør, idet der var tale om tilgift, som er forbudt i henhold til den belgiske lovs artikel 54.

III — De faktiske omstændigheder, hovedsagen og de præjudicielle spørgsmål

15. Genstanden for hovedsagen i *sag C-261/07* er et søgsmål anlagt af VTB-VAB (herefter »VTB«), et selskab, der driver virksomhed på området for vejserviceydelser og nødhjælpstjenester, mod Total Belgium NV (herefter »Total«), et datterselskab af Total-koncernen, som navnlig sælger brændstof på tankstationer.
18. Genstanden for hovedsagen i *sag C-299/07* er et søgsmål anlagt af BVBA Galatea, et firma, der driver en undertøjsforretning i Schoten (Belgien), mod Sanoma Magazines Belgium NV, et datterselskab af den finske Sanoma-koncern (herefter »Sanoma«), som bl.a. udgiver dameblade, herunder ugemagasinet »Flair«.
16. Siden den 15. januar 2007 har Total tilbudt de forbrugere, der er indehavere af et TOTAL-CLUB-kort, at de, hver gang de
19. Udgiven af 13. marts 2007 af dette magasin indeholdt et 47-siders tillæg, bl.a. en værdikupon, der i perioden mellem den 13. marts 2007 og den 15. maj 2007 gav ret til en rabat på mellem 15% og 25% på diverse produkter, som sælges i forskellige undertøjsforretninger.

20. Den 22. marts 2007 anlagde Galatea søgsmål ved Rechtbank van koophandel te Antwerpen med påstand om, at denne handelspraksis blev bragt til ophør, idet den bl.a. var i strid med den belgiske lovs artikel 54.

velse er knyttet til købet af varen, og dette uanset omstændighederne i den foreliggende sag og navnlig uanset hvilken indflydelse, dette bestemte tilbud kan få på gennemsnitsforbrugeren, samt uanset spørgsmålet om, hvorvidt tilbuddet under de konkrete omstændigheder kan anses for at være i strid med erhvervsmæssig dilignspligt eller redelig markedsføringskik?»

21. Rechtbank van koophandel te Antwerpen har i sine forelæggelseskendelser ganske vist peget på, at fristen for gennemførelsen af direktiv 2005/29/EF endnu ikke var udløbet på daværende tidspunkt. Den har imidlertid udtrykt en vis tvivl med hensyn til, om forbuddet mod tilgift i den belgiske lovs artikel 54 er foreneligt med direktiv 2005/29/EF og, i det mindste med hensyn til sag C-299/07, med artikel 49 EF. Den har derfor besluttet at udsætte begge sager og forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

I sag C-299/07

I sag C-261/07

»Er Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2005/29/EF af 11. maj 2005 om virksomheders urimelige handelspraksis over for forbrugerne på det indre marked til hinder for en national bestemmelse som bestemmelsen i artikel 54 i den belgiske lov af 14. juli 1971 om markedsføring samt forbrugeroplysning og -beskyttelse, der med forbehold for de tilfælde, der er udtømmende opregnet i loven, forbyder ethvert samlet tilbud fra en sælger til en forbruger, herunder et samlet tilbud om en vare, som forbrugeren skal købe, og en vederlagsfri tjenesteydelse, hvis erhver-

»Er artikel 49 EF om den frie udveksling af tjenesteydelser og Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2005/29/EF om urimelig handelspraksis til hinder for en national bestemmelse som artikel 54 i den belgiske lov af 14. juli 1991 om markedsføring samt om oplysning og beskyttelse af forbrugerne, der — med undtagelse af de tilfælde, som udtømmende er opregnet i loven — indebærer et forbud mod ethvert kombinationstilbud, som en sælger giver en forbruger, hvorved erhvervelsen mod eller uden vederlag af varer, tjenesteydelser, andre former for begunstigelser eller værdikuponer, der giver ret til erhvervelse heraf, er knyttet til erhvervelsen af andre varer eller tjenesteydelser, uanset om disse er af samme art, og dette uanset de konkrete omstændigheder, navnlig uanset den påvirkning, det konkrete tilbud kan have på gennemsnitsforbrugeren, og uanset om tilbuddet i det konkrete tilfælde kan anses for at stride mod erhvervsmæssig dilignspligt og rimelig handelspraksis?»

IV — Retsforhandlingerne ved Domstolen **V — Parternes væsentligste argumenter**

22. Forelæggelseskendelserne af 24. maj 2007 (sag C-261/07) og af 21. juni 2007 (sag C-299/07) indgik til Domstolens Justitskontor henholdsvis den 1. juni 2007 og den 27. juni 2007.

Direktiv 2005/29

23. Domstolens præsident besluttede den 29. august 2007 at forene de to sager.

27. I begge sager har den forelæggende ret i det væsentlige stillet Domstolen det spørgsmål, om det forbud mod tilgift, der er fastsat i den belgiske lovs artikel 54, er i overensstemmelse med direktiv 2005/29.

24. VTB, Total og Sanoma, den belgiske, den franske, den spanske og den portugisiske regering samt Kommissionen har indgivet skriftlige indlæg i henhold til artikel 23 i statutten for Domstolen.

28. VTB har indledningsvis rejst tvivl om, hvorvidt det præjudicielle spørgsmål kan antages til realitetsbehandling, da det vedrører fortolkningen af et direktiv, hvis gennemførelsesfrist endnu ikke var udløbet på tidspunktet for det omtvistede forhold.

25. Som en foranstaltning med henblik på sagens tilrettelæggelse har Domstolen stillet parterne et spørgsmål, som de har besvaret.

26. Under retsmødet, der fandt sted den 18. juni 2008, har de befuldmægtigede for VTB, Total og Sanoma, for den belgiske, den franske og den spanske regering samt for Kommissionen afgivet indlæg.

29. Af samme grund og uden udtrykkeligt at påstå sagen afvist er den *spanske* og den *belgiske regering* af den opfattelse, at direktivet ikke finder anvendelse på et tilfælde som det foreliggende. Navnlig kan en national bestemmelse af en domstol ikke erklæres uanvendelig på grund af tilsidesættelse af direktivet, så længe fristen for gennemførelse af dette direktiv endnu ikke er udløbet.

30. Med hensyn til realiteten er *Total, Sanoma*, den portugisiske regering og *Kommissionen* af den opfattelse, at direktivet er til hinder for et forbud mod tilgift som det, der er fastsat i den belgiske lovs artikel 54.

tilbud, selv om den belgiske lov indeholder visse undtagelser i artikel 55 og 56.

31. *Sanoma, Total* og *Kommissionen* har gjort gældende, at tilgift er omfattet af begrebet »handelspraksis« i direktivets forstand. Da direktivet foretager en fuldstændig harmonisering inden for området urimelig handelspraksis, kan medlemsstaterne »under alle omstændigheder« kun forbyde de former for praksis, der i overensstemmelse med direktivets artikel 5, stk. 5, er nævnt i bilag I til direktivet. Eftersom tilgift imidlertid ikke som sådant er nævnt i det pågældende bilag, kan tilgift heller ikke være forbudt *per se*, men kun, hvis den nationale domstol på grundlag af de konkrete omstændigheder i det enkelte tilfælde anser betingelserne i direktivets artikel 5 for at være opfyldt. Det principielle forbud, der er fastsat i den belgiske lovs artikel 54, er derfor i strid med direktivet. I denne henseende har *Kommissionen* tilføjet, at dette forbud under alle omstændigheder hverken er nødvendigt for at sikre en passende beskyttelse af forbrugerne mod urimelig handelspraksis eller forholdsmæssigt med hensyn til at nå dette mål.

33. *VTB* samt den belgiske og den franske regering har forfægtet en modsat fortolkning.

34. *VTB* har gjort gældende, at tilgift ikke falder ind under begrebet »handelspraksis« i direktivets forstand og derfor ikke er omfattet af direktivet. Under alle omstændigheder udelukker direktivets artikel 5 ikke, at medlemsstaterne også kan fastlægge andre former urimelig handelspraksis end dem, der er nævnt i bilag I.

32. Den portugisiske regering har blot gjort gældende, at den belgiske lovs artikel 54 er i strid med direktivet, for så vidt som det fastsætter et generelt forbud mod samlede

35. Den belgiske regering har ligeledes gjort gældende, at tilgift ikke falder ind under begrebet »handelspraksis« i direktivets forstand. Den har præciseret, at tilgift snarere er omfattet af forslaget til forordning om salgsfremmende foranstaltninger i det indre marked⁴, som behandler tilgift på en anden måde end de former for handelspraksis,

4 — Forslag til Europa-Parlamentets og Rådets forordning om salgsfremmende foranstaltninger i det indre marked, KOM (2001) 546 endelig udg. (2001/0227/COD), forelagt den 4.10.2001 (EFT 2002 C 75, s. 11).

der er omfattet af direktivet. Da dette forslag imidlertid først blev trukket tilbage i 2006, har de belgiske myndigheder med rette antaget, at tilgift ikke udgjorde »handelspraksis«. Derfor har den belgiske lovgiver ved gennemførelsen af direktivet ikke antaget, at den belgiske lovs artikel 54 skulle ændres eller fortolkes i lyset af direktivets artikel 5.

tilgift som det, der er fastsat i den belgiske lovs artikel 54.

36. Den *franske regering* har i det væsentlige gjort lignende argumenter gældende som den belgiske regering og tilføjet, at såfremt direktivet forpligter medlemsstaterne til at forbyde urimelig handelspraksis over for forbrugeren, er dette under ingen omstændigheder til hinder for, at medlemsstaterne af hensyn til forbrugerbeskyttelsen også forbyder andre former for handelspraksis, uanset om disse er urimelige i direktivets forstand. Heriblandt hører også kombinationstilbud, som ligger uden for direktivets anvendelsesområde.

38. *VTB* såvel som den *spanske*, den *belgiske* og den *franske regering* har foreslået, at dette spørgsmål besvares benægtende.

39. Ifølge *VTB* er det omhandlede forbud, som uden forskel finder anvendelse på erhvervsdrivende i Belgien såvel som på erhvervsdrivende i andre medlemsstater, for sidstnævnte ikke forbundet med yderligere økonomiske omkostninger eller administrative gebyrer, som kan hindre den frie udveksling af tjenesteydelser. Under alle omstændigheder er et sådant forbud også begrundet i almene hensyn, navnlig forbrugerbeskyttelsen.

Artikel 49 EF

37. I sag C-299/07 har den forelæggende ret endvidere stillet det spørgsmål, om artikel 49 EF er til hinder for et forbud mod

40. Den *belgiske* og den *franske regering* har gjort gældende, at artikel 49 EF ikke er relevant for besvarelsen af det præjudicielle spørgsmål. I denne henseende har de franske myndigheder påpeget, at de omhandlede tilbud først og fremmest vedrører salget af

varer (brændstof i sag C-261/07 og undertøj i sag C-299/07) og ikke tjenesteydelser. I tilfælde af, at direktivet skal fortolkes således, at det ikke er til hinder for den belgiske lov, skal forbuddet mod tilgift derfor snarere fortolkes i lyset af artikel 28 EF vedrørende de frie varebevægelser, som den forelæggende ret i øvrigt henviser til i sin forelæggelseskendelse.

på en rent intern situation som i den foreliggende sag, hvor alle elementer er begrænset til en enkelt medlemsstat. Faktisk vedrører den foreliggende sag virksomheder, der er etableret i Belgien, og som tilbyder tjenesteydelser på belgisk område.

41. Det forbud mod tilgift, der er fastsat i den belgiske lov, vedrører således en bestemt form for salg i den forstand, hvori dette udtryk er anvendt i Keck og Mithouard-dommen (dom af 24.11.1993, forenede sager C-267/91 og C-268/91, Sml. I, s. 6097), og kan derfor ikke hindre de frie varebevægelser, da de to betingelser, der er opstillet i denne retspraksis, er opfyldt. Forbuddet finder faktisk anvendelse på alle erhvervsdrivende, der udøver deres aktivitet på belgisk område, og vedrører ligeledes, både retligt og faktisk, markedsføringen af både indenlandske produkter og af produkter fra andre medlemsstater. Endelig har den *franske regering* gjort gældende, at det omhandlede forbud under alle omstændigheder på den ene side er begrundet i tvingende almene hensyn, navnlig forbrugerbeskyttelsen og opretholdelsen af en loyal konkurrence, og at det på den anden side også er forholdsmæssigt med hensyn til disse mål, da der er fastsat en række undtagelser fra dette forbud.

42. Den *spanske regering* har på sin side udelukket, at artikel 49 EF finder anvendelse

43. *Sanoma*, den *portugisiske regering* og, i et vist omfang, også *Kommissionen* har derimod antaget, at det forbud mod tilgift, der er fastsat i den belgiske lovs artikel 54, er i strid med den frie udveksling af tjenesteydelser, som garanteres i artikel 49 EF.

44. Navnlig har *Sanoma* gjort gældende, at selskabets ret til fri udveksling af tjenesteydelser er blevet tilsidesat, for så vidt som det ikke har lov til at markedsføre sit salg i Belgien i samme omfang, som det gør i andre medlemsstater, der tillader tilgift (navnlig Nederlandene og Luxembourg). *Sanoma* har endvidere anført, at selskabets belgiske kunder på grund af forbuddet ikke kan gøre brug af de rabatkuponer, der offentliggøres i nederlandske tidsskrifter i Flandern og i

Nederlandene, men som også udsendes i hele Belgien. Endelig er Sanoma af den opfattelse, at det omhandlede forbud på grund den fuldstændige harmonisering gennem direktivet heller ikke er begrundet. Et sådant forbud er under alle omstændigheder hverken nødvendigt eller forholdsmæssigt for at beskytte forbrugerne og sikre en fair konkurrence.

45. *Kommissionen* har på sin side snarere givet et tvetydigt svar.

46. Selv om den har fremført lignende argumenter som den franske regering, har *Kommissionen* antaget, at artikel 28 EF faktisk er den relevante bestemmelse i den foreliggende sag, og at ved anvendelse af den praksis, der blev fastlagt i Keck og Mithouarddommen, er det her omhandlede forbud mod kombinationstilbud ikke omfattet af denne bestemmelses anvendelsesområde. *Kommissionen* har endvidere præciseret, at det ikke er nødvendigt at foretage en analyse på grundlag af den frie udveksling af tjenesteydelser, da denne frihed under omstændigheder som de foreliggende i henhold til Domstolens praksis er helt sekundær i forhold til de frie varebevægelser og kan anses for at være knyttet hertil (jf. navnlig dom af 22.1.2002, Canal Satélite Digital, Sml. I, s. 607, præmis 31). *Kommissionen* har endvidere anført, at den undersøgelse, som den forelæggende ret foretager i sin forelæggelseskendelse, ikke

omfatter eventuelle restriktioner for den frie udveksling af tjenesteydelser.

47. Alligevel har *Kommissionen* undersøgt dette for alle tilfælde skyld og er nået til den konklusion, at forbuddet mod tilgift entydigt udgør en hindring for den frie udveksling af tjenesteydelser, som går videre end, hvad der er nødvendigt med henblik på at nå formålene om forbrugerbeskyttelse og fair handel.

VI — Retlig vurdering

A — *Indledende bemærkninger*

48. Direktiv 2005/29, der blev vedtaget af Europa-Parlamentet og Rådet den 11. maj 2005, har til formål at tilvejebringe et ensartet regelsæt for reguleringen af urimelig handelspraksis over for forbrugerne. Dette mål skal i henhold til femte betragtning til direktivet nås

gennem en harmonisering af lovgivningen om rimelig handelspraksis i Fællesskabets medlemsstater med henblik på at fjerne hindringer på det indre marked⁵. Formålet er derfor en fuldstændig harmonisering af dette område på fællesskabsplan⁶.

offentliggørelsen i *Den Europæiske Unions Tidende*, dvs. den 12. juni 2005. I henhold til artikel 19, stk. 1, var medlemsstaterne forpligtet til at gennemføre det i national ret inden den 12. juni 2007 gennem vedtagelse af de nødvendige love og administrative bestemmelser, dog med en yderligere overgangsfrist på seks år for visse strengere nationale bestemmelser. Disse love og administrative bestemmelser skulle imidlertid først anvendes fra den 12. december 2007.

49. I henhold til artikel 20 i direktiv 2005/29 trådte direktivet allerede i kraft dagen efter

5 — Direktiv 2005/29 gennemfører på normativt niveau Kommissionens forslag med hensyn til forbrugerbeskyttelsens fremtid i Den Europæiske Union, som de behandles i dens grøn bog af 2.10.2001 (KOM(2001) 531 endelig). Heri beklager Kommissionen, at forbrugernes indre marked hverken har formået at udnytte de givne muligheder eller at leve op til udviklingen på det indre marked for transaktioner mellem erhvervsdrivende og forbrugere (eller »B2C«, hvorved forstås »Business to Consumer«, dvs. kommunikations- og handelsforbindelser mellem virksomheder og privatpersoner i modsætning til kommunikations- og handelsforbindelser mellem virksomheder eller mellem disse virksomheder og myndigheder, dvs. »B2B«). Forbrugere deltager sjældent direkte i det indre marked gennem grænseoverskridende handel. Efter Kommissionens opfattelse er årsagen hertil en række vidt forskellige bestemmelser i medlemsstaterne samt en spredt håndhævelse, hvilket afskrækker forbrugere. Den foreslår deri bl.a., at der udstedes et EU-rammedirektiv for at harmonisere nationale regler om rimelig handelspraksis mellem erhvervsdrivende og forbrugere. Dens forslag til udformningen af dette rammedirektiv indgår i det nuværende direktiv 2005/29.

6 — Således også F. Henning-Bodewig, »Die Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken«, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Internationaler Teil*, 2005, hæfte 8/9, s. 629 og 630; J. Massaguer, *El nuevo derecho contra la competencia desleal — La Directiva 2005/29/CE sobre las Prácticas Comerciales Desleales*, Cizur Menor, 2006, s. 14, 51 og 53; H.-W. Micklitz, »Das Konzept der Lauterkeit in der Richtlinie 2005/29/EG«, *Droit de la consommation/Konsumentenrecht/Consumer law, Liber amicorum Bernd Stauder*, Basel, 2006, s. 299 og 306; J. Kessler, »Lauterkeitsschutz und Wettbewerbsordnung — Zur Umsetzung der Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken in Deutschland und Österreich«, *Wettbewerb in Recht und Praxis*, hæfte 7, 2007, s. 716; G. De Cristofaro, »La direttiva 2005/29/CE — Contenuti, rationes, caratteristiche«, *Le pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori*, Torino, 2007, s. 32 f.; L. Di Mauro, »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 er af den opfattelse, at formålet med direktiv 2005/29 er en fuldstændig harmonisering af de nationale regler.

50. Kongeriget Belgien har formelt opfyldt denne gennemførelsesforpligtelse ved at vedtage lov af 5. juni 2007 om ændring af lov af 14. juli 1991 om markedsføring samt om oplysning og beskyttelse af forbrugere⁷, som trådte i kraft den 1. december 2007. Den forelæggende ret har imidlertid i sine forlæggelseskendelser henvist til en ældre national bestemmelse, nemlig den belgiske lovs artikel 54, som allerede var gyldig, inden direktiv 2005/29 trådte i kraft, og har givet udtryk for tvivl med hensyn til, om denne bestemmelse er forenelig med fællesskabsretten.

7 — Lov af 5.6.2007 om ændring af lov af 14.7.1991 om markedsføring samt om oplysning og beskyttelse af forbrugere (*Moniteur Belge/Belgisch Staatsblad/Belgisches Staatsblatt* af 21.6.2007, nr. 189, s. 34272).

B — *Formaliteten med hensyn til de præjudicielle anmodninger*

været i kraft siden den 12. juni 2005 og dermed allerede var en retligt bindende retsakt for medlemsstaterne⁸.

1. Tilladt fortolkningsspørgsmål

51. Et tilladt fortolkningsspørgsmål inden for rammerne af en præjudiciel anmodning i henhold til artikel 234 EF kan udelukkende vedrøre en bestemmelse i fællesskabsretten. Hertil hører primære bestemmelser og bestemmelser i den afledte ret. De præjudicielle spørgsmål fra *Rechtbank van koop-handel* vedrører et tilladt fortolkningsspørgsmål, for så vidt som Domstolen dermed anmodes om en fortolkning af artikel 49 EF og af direktiv 2005/29.

52. Efter min opfattelse er den omstændighed, at fristen for at gennemføre direktiv 2005/29 endnu ikke var udløbet på tidspunktet for den nationale rets beslutning om at anmode Domstolen om at fortolke denne fællesskabsbestemmelse, uden relevans for spørgsmålet om formaliteten med hensyn til de præjudicielle anmodninger, da direktiv 2005/29 under alle omstændigheder havde

53. Efter ordlyden af artikel 234 EF er Domstolen kompetent til at træffe præjudiciel afgørelse om gyldigheden og fortolkningen af retsakter, der er vedtaget af Fællesskabets institutioner, uanset om disse retsakter gælder umiddelbart⁹. Et direktiv, hvis gennemførelsesfrist endnu ikke er udløbet, udgør en sådan retsakt, og Domstolen kan derfor med rette behandle en præjudiciel forelæggelse vedrørende direktivet, når denne forelæggelse i øvrigt opfylder de i Domstolens praksis fastsatte formalitetsbetingelser¹⁰.

- 8 — Som generaladvokat Jacobs bemærkede i sit forslag til afgørelse af 24.4.1997 i sag C-129/96, *Inter-Environnement Wallonie*, Sml. I, s. 7411, punkt 30, opstår forpligtelsen til at gennemføre direktivet ikke først ved udløbet af gennemførelsesfristen, men den dag, hvor direktivet træder i kraft eller får virkning i medfør af artikel 254 EF. I henhold til artikel 254, stk. 1, EF træder direktiver vedtaget efter fremgangsmåden i artikel 251 EF i kraft på det i disse fastsatte tidspunkt. Som allerede anført var dette tilfældet den 12.6.2005. C. Hoffmann, »Die zeitliche Dimension der richtlinienkonformen Auslegung«, *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2006, hæfte 46, s. 2113 L, er af den opfattelse, at fasen inden udløbet af gennemførelsesfristen ikke er uden retsvirkninger. Fællesskabets harmoniseringsformål er allerede blevet konkretiseret endeligt, så snart direktivet er trådt i kraft, og instruks om gennemførelse heraf er udsendt til medlemsstaterne. Direktivet er derfor bindende med hensyn til sine formål og bliver i den henseende også allerede en del af den nationale retsorden.
- 9 — Dom af 20.5.1976, sag 111/75, *Mazzalai*, Sml. s. 657, præmis 7, af 10.7.1997, sag C-373/95, *Maso m.fl.*, Sml. I, s. 4051, præmis 28, og af 10.12.2002, sag C-491/01, *British American Tobacco (Investments) og Imperial Tobacco*, Sml. I, s. 11453, præmis 32.
- 10 — Dommen i sagen *British American Tobacco (Investments) og Imperial Tobacco*, nævnt ovenfor i fodnote 9, præmis 33.

2. De præjudicielle spørgsmåls relevans

54. Med hensyn til de præjudicielle spørgsmåls relevans bemærkes, at den præjudicielle procedure efter artikel 234 EF er et middel til samarbejde mellem Domstolen og de nationale retter, som giver Domstolen mulighed for at forsyne de nationale retter med de elementer vedrørende fortolkningen af fællesskabsretten, som er nødvendige for, at de kan afgøre den for dem verserende tvist¹¹.

55. Inden for rammerne af dette samarbejde tilkommer det udelukkende den nationale ret, for hvem en tvist er indbragt, og som har ansvaret for den retsafgørelse, som skal træffes, på grundlag af omstændighederne i den konkrete sag at vurdere, såvel om en præjudiciel afgørelse er nødvendig for, at den kan afsige dom, som relevansen af de spørgsmål, den forelægger Domstolen. Når de stillede spørgsmål vedrører fortolkningen af en bestemmelse i fællesskabsretten, er Domstolen derfor principielt forpligtet til at træffe afgørelse herom¹².

56. Domstolen har dog også udtalt, at den med henblik på at efterprøve sin egen kompetence i særlige tilfælde er beføjet til at undersøge de omstændigheder, hvorunder den nationale domstol har forelagt sagen. Domstolen kan kun afslå at træffe afgørelse vedrørende et præjudicielt spørgsmål fra en

national ret, når det klart fremgår, at den ønskede fortolkning af fællesskabsretten savner enhver forbindelse med realiteten i hovedsagen eller dennes genstand, når problemet er af hypotetisk karakter, eller når Domstolen ikke råder over de faktiske og retlige oplysninger, som er nødvendige for, at den kan give en saglig korrekt besvarelse af de stillede spørgsmål¹³.

57. VTB, den spanske og den belgiske regering har imidlertid ikke kunnet fremføre nogen holdbare argumenter til støtte for, at fortolkningen af direktiv 2005/29 ikke er relevant for afgørelsen af hovedsagen. Derimod er der meget, der taler for, at spørgsmålet om de præjudicielle spørgsmåls relevans skal besvares bekræftende.

58. Det kan derfor konstateres, at de omstændigheder, der gav anledning til hovedsagerne, fandt sted kun få måneder inden udløbet af gennemførelsesfristen den 12. juni 2007. På dette tidspunkt var den nationale ret ikke blevet tilpasset, og Kongeriget Belgien syntes

11 — Jf. bl.a. dom af 16.7.1992, sag C-83/91, Meilicke, Sml. I, s. 4871, præmis 22, og af 5.2.2004, sag C-380/01, Schneider, Sml. I, s. 1389, præmis 20.

12 — Schneider-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 11, præmis 21.

13 — Jf. bl.a. dom af 16.12.1981, sag 244/80, Foglia/Novello, Sml. 1981, s. 3045, præmis 18, af 15.6.1995, forenede sager C-422/93 — C-424/93, Zabala Erasun m.fl., Sml. I, s. 1567, præmis 29, og af 12.3.1998, sag C-314/96, Djabali, Sml. I, s. 1149, præmis 19, samt Schneider-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 11, præmis 22. Jf. generaladvokat Tizzanos forslag til afgørelse af 18.1.2005 i sag C-165/03, Längst, Sml. I, s. 5640, punkt 45, og dommen af 30.6.2005 i samme sag, Sml. I, s. 5637, præmis 30-35.

heller ikke at overveje en ophævelse af det principielle forbud mod tilgift, hvilket den nationale domstol også var klar over, som det tydeligt fremgår af forelæggelseskendelserne¹⁴.

59. Da det ikke kunne udelukkes, at den belgiske lov er uforenelig med direktiv 2005/29, ville den nationale domstol i sin egenskab af funktionel fællesskabsdomstol om fornødent være forpligtet til at undlade at anvende de pågældende nationale bestemmelser. Dette følger af, at fællesskabsretten har forrang for national ret¹⁵, men frem for alt af, at medlemsstaterne ifølge Domstolens praksis i henhold til artikel 10, stk. 2, EF og artikel 249, stk. 3, EF har pligt til at træffe alle foranstaltninger, der er nødvendige for at nå det mål, der tilsigtes med det pågældende direktiv.

60. Hermed forbundet er også forpligtelsen til at undlade alt, hvad der kunne være til hinder for at nå direktivets formål. Ifølge Domstolens praksis følger det af de ovennævnte traktatbestemmelser, sammenholdt med det pågældende direktiv, at de medlems-

stater, som direktivet er rettet til, mens fristen for gennemførelsen af et direktiv løber, skal afholde sig fra at træffe foranstaltninger, der kan bringe virkeliggørelsen af det i direktivet foreskrevne resultat i alvorlig fare¹⁶. Denne undladelsespligt omfatter alle myndigheder i medlemsstaterne, herunder også domstolene inden for deres kompetence¹⁷. Det påhviler domstolene i givet fald at undersøge, om nationale retsakter, der er vedtaget inden udløbet af gennemførelsesfristen, er til hinder for at nå direktivets formål¹⁸.

61. Domstolen fastslog således i Adenelerdommen¹⁹, at medlemsstaternes retsinstanser, fra tidspunktet for direktivets ikrafttræden, så vidt muligt skal afholde sig fra at fortolke national ret således, at det mål, som direktivet tilstræber, bringes i alvorlig fare efter udløbet af gennemførelsesfristen. Det skal endvidere tages i betragtning, at det ifølge Domstolens praksis ikke kun er de nationale bestemmelser, der udtrykkeligt har til formål at gennemføre et direktiv, der er omfattet af

14 — Den forelæggende ret fastslog indledningsvis i punkt 5 i begge forelæggelseskendelser, at direktiv 2005/29 »ikke [indeholder] bestemmelse om forbud mod tilgift, hvorfor lovgiver formentlig vil være tvunget til at tilpasse eller ophæve [den belgiske lovs] artikel 54, og/eller domstolene — efter gennemførelsesfristens udløb — vil være tvunget til at undlade at anvende dette forbud i det omfang, det medfører forpligtelser, som ikke længere er tilladte i henhold til direktivet«. Dernæst anførte den forelæggende ret, at »de belgiske myndigheder ikke [forekommer] at overveje at ophæve det principielle forbud mod tilgift«.

15 — Jf. bl.a. dom af 5.2.1963, sag 26/62, Van Gend & Loos, Sml. 1954-1964, s. 375, org.ref.: Rec. s. 1, af 15.7.1964, sag 6/64, Costa mod ENEL, Sml. 1954-1964, s. 531, org.ref.: Rec. s. 1141, af 17.12.1970, sag 11/70, Internationale Handelsgesellschaft, Sml. s. 1125, og af 9.3.1978, sag 106/77, Simmenthal, Sml. s. 629.

16 — Dom af 18.12.1997, sag C-129/96, Inter-Environnement Wallonie, Sml. I, s. 7411, præmis 45, af 8.5.2003, sag C-14/02, ATRAL, Sml. I, s. 4431, præmis 58, af 22.11.2005, sag C-144/04, Mangold, Sml. I, s. 9981, præmis 67, og af 4.7.2006, sag C-212/04, Adeneler m.fl., Sml. I, s. 6057, præmis 121.

17 — Dom af 13.11.1990, sag C-106/89, Marleasing, Sml. I, s. 4135, præmis 8, og af 14.7.1994, sag C-91/92, Faccini Dori, Sml. I, s. 3325, præmis 26, dommen i sagen Inter-Environnement Wallonie, nævnt ovenfor i fodnote 16, præmis 40, dom af 25.2.1999, sag C-131/97, Carbonari m.fl., Sml. I, s. 1103, præmis 48, og af 5.10.2004, forenede sager C-397/01 — C-403/01, Pfeiffer m.fl., Sml. I, s. 8835, præmis 110.

18 — Dommen i sagen Inter-Environnement Wallonie, nævnt ovenfor i fodnote 16, præmis 46. I denne retning også P. Vclouch, *Kommentar zu EU- und EG-Vertrag* (udgivet af Heinz Mayer), Wien, 2004, artikel 249, punkt 45, s. 16.

19 — Dommen i sagen Adeneler m.fl., nævnt ovenfor i fodnote 16, præmis 123.

dets anvendelsesområde, men ligeledes — regnet fra den dato, hvor direktivet træder i kraft — de tidligere gældende nationale bestemmelser, der kan sikre national rets forenelighed med direktivet²⁰.

direktivet overensstemmende fortolkning af gældende ret ikke kommer i betragtning²².

62. Såfremt den nationale domstol som i de foreliggende sager således har mistanke om, at en national lovgivning kan være til hinder for at nå formålet med et direktiv, som snarligt skal gennemføres²¹, er den forpligtet til at træffe de nødvendige foranstaltninger allerede i gennemførelsesfasen. Dette omfatter i princippet også muligheden for at undlade at anvende de nationale bestemmelser, der strider imod direktivet, såfremt en med

63. Såfremt den belgiske lovs artikel 54 ikke var blevet anvendt, havde dette imidlertid medført, at den forelæggende ret efter al sandsynlighed til dels havde måttet afsige frifindelsesdom i de søgsmål med påstand om ophør, som VTB og Galatea havde anlagt mod henholdsvis Total og Sanoma.

64. På baggrund af ovenstående kan de præjudicielle spørgsmål frakendes relevans.

20 — Dom af 7.9.2006, sag C-81/05, Cordero Alonso, Sml. I, s. 7569, præmis 29.

21 — Betingelsen for, at den nationale ret kan gribe ind, er, at der er risiko for, at direktivets formål modvirkes efter udløbet af gennemførelsesfristen (i denne retning også C. Hoffmann, »Die zeitliche Dimension der richtlinienkonformen Auslegung«, *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2006, hæfte 46, s. 2116). Se tilsvarende endvidere W. Schroeder, *ELIV/EGV Kommentar* (udgivet af Rudolf Streinz), artikel 249 EF, punkt 139, s. 2197, som er af den opfattelse, at myndighederne og domstolene kun undtagelsesvis er forpligtet til en overensstemmende fortolkning, når lovgiverens gennemførelsesforanstaltninger giver anledning til at antage, at virkeliggørelsen af direktivets formål i sidste instans vil blive forhindret.

22 — De nationale retsinstansers forpligtelse til overensstemmende fortolkning begrænses ganske vist af generelle retsprincipper, herunder retssikkerhedsprincippet og forbuddet mod tilbagevirkende kraft, og det kan ikke tjene som grundlag for en fortolkning *contra legem* af national ret (jf. dom af 8.10.1987, sag 80/86, Kolpinghuis, Sml. s. 3969, præmis 13, dommen i sagen Adeneler m.fl., nævnt ovenfor i fodnote 16, præmis 110, og dom af 15.4.2008, sag C-268/06, Impact, Sml. I, s. 2483, præmis 100; jf. analogt dom af 16.6.2005, sag C-105/03, Pupino, Sml. I, s. 5285, præmis 44 og 47). Såfremt et direktiv imidlertid gælder umiddelbart, finder det generelle krav om overensstemmende fortolkning anvendelse. Den nationale domstol er således forpligtet til, såfremt en sådan overensstemmende fortolkning ikke er mulig, at anvende fællesskabsretten i sin helhed og beskytte de rettigheder, som denne giver private, og den skal herved om nødvendigt undlade at anvende enhver bestemmelse, som under de foreliggende omstændigheder vil kunne føre til et resultat, som er i strid med fællesskabsretten (jf. dom af 21.5.1987, sag 249/85, Albako, Sml. s. 2345, præmis 13 ff., af 4.2.1988, sag 157/86, Murphy, Sml. s. 673, præmis 11, og af 26.9.2000, sag C-262/97, Engelbrecht, Sml. I, s. 7321, præmis 40, samt W. Schroeder, a.st. (fodnote 21), artikel 249 EF, punkt 127, s. 2195).

65. De præjudicielle spørgsmål kan derfor antages til realitetsbehandling. omfattet af det materielle anvendelsesområde for direktiv 2005/29.

C — Foreneligheden af den belgiske lovs artikel 54 med direktiv 2005/29

66. Indledningsvis bemærkes for det første, at Domstolen under en sag i henhold til traktatens artikel 234 EF ikke er kompetent til at træffe afgørelse om, hvorvidt en national foranstaltning er forenelig med fællesskabsretten. Domstolen er dog beføjet til at forsyne den nationale ret med alle under fællesskabsretten henhørende fortolkningsbidrag, som gør det muligt for denne ret at vurdere spørgsmålet om forenelighed med henblik på at afgøre den indbragte sag²³.

67. Begge forelæggelser sigter mod at få fastslået, om direktiv 2005/29 er til hinder for en national bestemmelse som den belgiske lovs artikel 54. Med henblik herpå skal det indledningsvis undersøges, om en sådan bestemmelse på grundlag af sin genstand er

1. Begrebet »handelspraksis« i artikel 2, litra d), i direktiv 2005/29

68. Relevant her er besvarelsen af spørgsmålet, om tilgift i det hele taget kan betragtes som »handelspraksis« som omhandlet i artikel 2, litra d), i direktiv 2005/29. Denne bestemmelse indeholder en bred retlig definition af »virksomheders handelspraksis over for forbrugerne«, som efter min opfattelse giver mulighed for, at begrebet tilgift uden problemer kan henføres herunder.

69. Tilgift er baseret på, at mindst to forskellige tilbud af varer eller tjenesteydelser kombineres til en enkelt salgsenhed. Der foreligger derfor kun tilgift, hvis de komponenter, der indgår i det kombinerede tilbud, er to eller flere særskilte varer. Et karakteristisk træk i forbindelse med sondringen mellem de forskellige former, hvori disse bindinger optræder, er kombinationens art, dvs. de

23 — Jf. bl.a. dommen i sagen Costa mod ENEL, nævnt ovenfor i fodnote 15, samt dom af 29.11.2001, sag C-17/00, De Coster, Sml. I, s. 9445, præmis 23, og af 16.1.2003, sag C-265/01, Pansard m.fl., Sml. I, s. 683, præmis 18.

betingelser, hvorpå udbyderne udformer og markedsfører deres samlede tilbud²⁴. Fra et forretningssynspunkt udgør ydelse af tilgift en pris- og kommunikationspolitisk foranstaltning, to af de vigtigste politikker på markedsføringsområdet. Da markeder uden konkurrence er sjældne, og annoncørerne næsten altid må konkurrere med andre udbydere, er markedsaktørerne tvunget til, for at lægge afstand til konkurrenterne, at udforme tilbud, som ikke kun er interessante, men også udøver en stærk tiltrækningskraft på de pågældende forbrugere. På grund af den særegne sammenstilling af forskellige varer eller tjenesteydelser til et enkelt tilbud og på grund af den faktiske eller tilsyneladende fordelagtige pris som følge af denne kombinationsform skal tilgift skabe et købsincitament for kunderne. Det har med andre ord til

formål at tiltrække kunder og øge virksomhedernes evne til at binde kunder til sig²⁵.

24 — Kombinationens intensitet, funktionen af tilbuddets komponenter i det samlede tilbud (f.eks. hoved- eller bifunktion) samt hver tilbudsdelens andel af den samlede pris er afgørende parametre for at inddelle begrebet tilgift i kategorier. Der sondres mellem tilgift i snævrere forstand og i videre forstand. I forbindelse med tilgift i snævrere forstand har alle kombinerede varer en hovedfunktion. I modsætning til andre former for tilgift, som er kendetegnet ved, at varerne eller tjenesteydelserne står i forhold til hinanden som hoved- eller bivare eller bitjenesteydelse, har alle tilbuddets komponenter i dette tilfælde samme betydning. Denne kombinationsform omfatter navnlig tilbuddet med en samlet pris, hvor forskellige varer eller tjenesteydelser er samlet i en enkelt pakke med en samlet pris. Tilgiftstilbuddene i videre forstand omfatter de tilbud, hvor også flere varer eller tjenesteydelser samles og sælges som en enkelt pakke, men som imidlertid ikke opviser de træk, der kendetegner et tilbud med en samlet pris. De omfatter navnlig såkaldte lokketilbud, hvor der ved siden af en hovedvare eller en hovedtjenesteydelse, som tilbydes på normal vis, tilbydes en anden bivare eller -tjenesteydelse til en særlig fordelagtig pris, som imidlertid ikke kan erhverves uden hovedvaren. De omfatter endvidere en vare eller tjenesteydelse som gratis gave i forbindelse med en vare, der tilbydes mod betaling (jf. i den henseende S. Charaktiniotis, *Die lauterkeitsrechtlichen Zulässigkeitschranken der Kopplungsangebote nach der Aufhebung der Zugabeverordnung*, Frankfurt am Main, 2005, s. 28-33).

70. Tager man udgangspunkt i den ovenfor beskrevne funktion, som tilgift har, samt den måde, hvorpå forbrugeren møder det i hverdagen, er det logisk at definere tilgift som handlinger eller kommerciel kommunikation, herunder reklame og markedsføring, foretaget af en erhvervsdrivende med direkte relation til promovring eller salg. Dermed er de absolut i overensstemmelse med begrebet handelspraksis som omhandlet i artikel 2, litra d), i direktiv 2005/29. De former for tilgift, der er reguleret i den belgiske lovs artikel 54, er derfor omfattet af det materielle anvendelsesområde for direktiv 2005/29.

25 — I denne retning S. Charaktiniotis, a.st. (fodnote 24), s. 19; H. Köhler, »Kopplungsangebote (einschließlich Zugaben) im geltenden und künftigen Wettbewerbsrecht«, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht*, 2003, hæfte 9, s. 729. P. Bartolomucci, »Le pratiche commerciali sleali ed il contratto: Un'evoluzione del principio della trasparenza«, *Le pratiche commerciali — Direttive comunitaria ed ordinamento italiano*, Milano, 2007, s. 261, regner også udbuddet af accessoriske tjenesteydelser blandt de markedsføringsforanstaltninger, som virksomhederne anvender for at erobre andele på det pågældende referencemarked og få så mange kunder som muligt.

2. Personelt anvendelsesområde for direktiv 2005/29

den belgiske lovs artikel 54, er det nødvendigt at undersøge og efterfølgende sammenligne de to regelsæts normative formål og struktur.

71. Det samme er tilfældet med hensyn til det personelle anvendelsesområde for direktiv 2005/29, da dette ganske vist umiddelbart har til formål at beskytte forbrugerne, men retmæssigt handlende legitime konkurrenters økonomiske interesser alligevel ikke anses for at være mindre beskyttelsesværdige.

a) Bestemmelserne i direktiv 2005/29

72. Dette følger først og fremmest af sjette betragtning, men frem for alt af ottende betragtning til direktivet, hvoraf det fremgår, at direktiv 2005/29 også indirekte beskytter virksomheder mod deres konkurrenter, der ikke følger reglerne i direktivet, og derved sikrer loyal konkurrence på det område, der samordnes gennem direktivet²⁶.

i) Fuldstændig og maksimal tilnærmelse af de nationale bestemmelser som reguleringsformål

3. Undersøgelse af de to regelsæts struktur

73. For at kunne fastslå, om direktiv 2005/29 er til hinder for en national bestemmelse som

74. Som anført ovenfor²⁷, tager direktiv 2005/29 sigte på en fuldstændig harmonisering af medlemsstaternes lovgivning om urimelig handelspraksis. I modsætning til, hvad der hidtil havde været tilfældet i forbindelse med de sektorspecifikke retsakter for harmonisering af forbrugerbeskyttelseslovgivningen, tilstræbes der endvidere ikke kun en minimumsharmonisering, men en maksimal tilnærmelse af de nationale bestemmelser, som, bortset fra visse undtagelser,

26 — Jf. G. Abbamonte, »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. 17, som er af den opfattelse, at konkurrenters beskyttelse mod illoyal konkurrence er en indirekte virkning af direktivet.

27 — Jf. punkt 48 i dette forslag til afgørelse.

afskærer medlemsstaterne fra at opretholde eller indføre strengere bestemmelser²⁸. Begge dele fremgår af en fortolkning af såvel betragtningerne til som de generelle bestemmelser i dette direktiv.

veau. For det andet tales der i betragtning 12 om, at forbrugerne og virksomhederne skal kunne sætte deres lid til en *enkelt lovgivningsmæssig ramme*, som er baseret på klart definerede retlige begreber, og som gælder for alle aspekter af urimelig handelspraksis i hele Den Europæiske Union. Metoden i form af *tilnærmelse af lovgivningerne* henvises der igen til i artikel 1 i direktiv 2005/29, hvoraf det fremgår, at den har til formål at forbedre forbrugerbeskyttelsen og optimere det indre marked.

75. For det første følger dette af betragtning 11 til direktivet, hvorefter dette direktivs *tilnærmelse* af de nationale bestemmelser skal skabe et højt fælles forbrugerbeskyttelsesni-

28 — I denne retning J. Massaguer, a.st. (fodnote 6), s. 15; G. Abbamonte, a.st. (fodnote 26), s. 19, samt L. De Brouwer, »Droit de la Consommation - La Directive 2005/29/CE du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales«, *Revue de Droit Commercial Belge*, hæfte 7, september 2005, s. 796, der på grundlag af den omstændighed, at der med direktiv 2005/29 tilstræbes en maksimal harmonisering, konkluderer, at medlemsstaterne ikke har beføjelse til at vedtage strengere bestemmelser, heller ikke hvis disse har til formål at sikre et højere forbrugerbeskyttelsesniveau. G. De Cristofaro, a.st. (fodnote 6), s. 32, er af den opfattelse, at medlemsstater hverken må fravige direktivets bestemmelser eller fastsætte et højere forbrugerbeskyttelsesniveau. Ifølge J. Kessler, a.st. (fodnote 6), s. 716, fastsætter direktivet ikke kun minimumsstandarder, men er samtidig til hinder for, at medlemsstaterne kan opretholde bestemmelser, der af hensyn til en postuleret forbrugerorientering går ud over de materielle krav i direktivet og dermed indeholder strengere krav.

Jf. endvidere dom af 8.4.2003, sag C-44/01, Pippig Augenoptik, Sml. I, s. 3095, præmis 40 og 44, hvor Domstolen henviste til rækkevidden af medlemsstaternes beføjelser i forbindelse med en minimumsharmonisering og en udtømmende harmonisering. På den ene side fastslog den, at fællesskabslovgiver på området for vildledende reklame kun har foretaget en minimumsharmonisering, således at artikel 7, stk. 1, i direktiv 84/450 tillader, at medlemsstaterne på dette område fastsætter nationale bestemmelser, der er strengere, og som navnlig har til formål at sikre en mere vidtgående beskyttelse af forbrugerne. På den anden side afviste den en tilsvarende beføjelse til beskyttelse mod vildledende reklame i forbindelse med sammenlignende reklame, da der ved direktiv 84/450 var sket en udtømmende harmonisering af betingelserne for, at sammenlignende reklame var tilladt i medlemsstaterne.

76. Målet om en omfattende og maksimal regulering på fællesskabsplan af det område, der er omfattet af direktivets anvendelsesområde, fremgår også klart af betragtning 14 og 15 til direktivet, hvori der udtrykkeligt tales om en *fuldstændig harmonisering*. Derudover fremgår dette af bestemmelsen om det indre marked i artikel 4 i direktiv 2005/29, hvorefter

medlemsstaterne hverken må begrænse friheden til at levere tjenesteydelser eller den frie bevægelighed for varer af grunde, der kan henføres til de områder, hvor der med dette direktiv sker en *tilnærmelse*.

ii) Den normative struktur af direktiv 2005/29

77. Som undtagelse bestemmes det i artikel 3, stk. 5, i direktiv 2005/29, at medlemsstaterne i en periode på seks år efter den 12. juni 2007 på det område, hvor der med dette direktiv sker en tilnærmelse, må fortsætte med at anvende nationale bestemmelser, som er mere restriktive eller præskriptive end dette direktiv. Denne undtagelse er dog begrænset til de nationale bestemmelser, som implementerer direktiver med bestemmelser om minimums-harmonisering²⁹. En yderligere undtagelse fra den fuldstændige harmonisering findes endelig i artikel 3, stk. 9, i forbindelse med finansielle tjenesteydelser som defineret i direktiv 2002/65/EF samt fast ejendom.

29 — Direktiverne som omhandlet i artikel 3, stk. 5, i direktiv 2005/29, som indeholder bestemmelser om minimums-harmonisering, omfatter følgende: Rådets direktiv 85/577/EØF af 20.12.1985 om forbrugerbeskyttelse i forbindelse med aftaler indgået uden for fast forretningssted (EFT L 372, s. 31), Rådets direktiv 90/314/EØF af 13.6.1990 om pakkerjser, herunder pakkeferier og pakketure (EFT L 158, s. 59), Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 94/47/EF af 26.10.1994 om beskyttelse af køber i forbindelse med visse aspekter ved kontrakter om brugsret til fast ejendom på timeshare-basis (EFT L 280, s. 83), Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 97/7/EF af 20.5.1997 om forbrugerbeskyttelse i forbindelse med aftaler vedrørende fjernsalg (EFT L 144, s. 19), Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 98/6/EF af 16.2.1998 om forbrugerbeskyttelse i forbindelse med angivelse af priser på forbrugsvarer (EFT L 80, s. 27), Rådets direktiv 89/552/EØF af 3.10.1989 om samordning af visse love og administrative bestemmelser i medlemsstaterne vedrørende udøvelse af tv-radiospredningsvirksomhed (EFT L 298, s. 23).

78. Hjørnesteinen i direktiv 2005/29 er den generelle bestemmelse i artikel 5, stk. 1, som fastsætter forbuddet mod urimelig handelspraksis. Hvad der nærmere forstås ved »urimelig«, præciseres i artikel 5, stk. 2. I henhold hertil er en handelspraksis urimelig, hvis den for det første er i modstrid med kravet om »erhvervsmæssig diligenspligt« og for det andet kan forventes »væsentligt at forvride« den økonomiske adfærd hos forbrugeren. I henhold til stk. 4 er handelspraksis i særdeleshed urimelig, hvis den er vildledende (artikel 6 og 7) eller aggressiv (artikel 8 og 9). Stk. 5 henviser til bilag I og de deri nævnte former for handelspraksis, som »under alle omstændigheder vil blive betragtet som urimelige«. Denne fortegnelse skal anvendes i alle medlemsstater og må kun ændres ved en revision af direktivet.

79. Med hensyn til de nationale domstoles og myndigheders retsanvendelse følger heraf, at der først og fremmest skal tages udgangspunkt i den i bilag I indeholdte fortegnelse over 31 former for urimelig handelspraksis. Kan en handelspraksis henføres til et af tilfældene, skal den forbydes; det er ikke nødvendigt at foretage en yderligere undersøgelse, f.eks. af virkningerne. Er den konkrete situation ikke omfattet af denne fortegnelse over forbud, skal det undersøges, om der er tale om et af de tilfælde, der er reguleret i den

generelle bestemmelse — vildledende og aggressiv handelspraksis. Kun hvis dette ikke er tilfældet, finder den generelle bestemmelse i artikel 5, stk. 1, i direktiv 2005/29 direkte anvendelse³⁰.

b) Bestemmelserne i den belgiske lov

80. Ifølge fast retspraksis er hver af de medlemsstater, et direktiv er rettet til, forpligtet til inden for sin nationale retsorden at træffe alle de foranstaltninger, der er nødvendige for at sikre direktivet fuld virkning i overensstemmelse med dets formål³¹. Hermed forbundet er den nationale lovgivers forpligtelse til at gennemføre det pågældende direktiv korrekt i national ret³².

81. Indledningsvis skal jeg bemærke, at den belgiske lov har en anden struktur end direktiv 2005/29, da den i artikel 54 pålægger et

principielt forbud mod tilgift, som ikke er fastsat i direktivet. I modsætning til den belgiske lov tager direktivet udgangspunkt i, at en handelspraksis er rimelig, så længe de nærmere beskrevne retlige betingelser for et forbud ikke foreligger³³. Det følger derfor en modsat tilgang til fordel for den erhvervsdrivendes erhvervsfrihed, som i det væsentlige svarer til retsprincippet *in dubio pro libertate*³⁴.

82. Da tilgift ikke er blandt de i bilag I nævnte former for handelspraksis, som under alle omstændigheder vil blive betragtet som urimelige, må tilgift i princippet kun forbydes, hvis den udgør urimelig handelspraksis, f.eks. fordi den er vildledende eller aggressiv i direktivets forstand. Bortset herfra kan der i henhold til direktiv 2005/29 kun indføres et

30 — Således også analyseskemaet i G. De Cristofaro, a.st. (fodnote 6), s. 12, og F. Henning-Bodewig, a.st. (fodnote 6), s. 631.

31 — Jf. bl.a. dom af 1.2.1977, sag 51/76, Verbond van Nederlandse Ondernemingen, Sml. s. 113, præmis 22, af 26.2.1986, sag 152/84, Marshall, Sml. s. 723, præmis 48, af 24.10.1996, sag C-72/95, Kraaijeveld m.fl., Sml. I, s. 5403, præmis 55, af 17.6.1999, sag C-336/97, Kommissionen mod Italien, Sml. I, s. 3771, præmis 19, af 8.3.2001, sag C-97/00, Kommissionen mod Frankrig, Sml. I, s. 2053, præmis 9, af 7.5.2002, sag C-478/99, Kommissionen mod Sverige, Sml. I, s. 4147, præmis 15, og af 26.6.2003, sag C-233/00, Kommissionen mod Frankrig, Sml. I, s. 6625, præmis 75.

32 — Gennemførelsen af et direktiv er en del af en lovgivningsprocedure i to etaper, hvor den anden etape skal finde sted på nationalt niveau. I forbindelse med den materielle gennemførelse på nationalt niveau konkretiseres direktiverne (jf. i den henseende P. Vcelouch, a.st. (fodnote 18), artikel 249, punkt 48 og 50, s. 17 og 18).

33 — G. Abbamonte, a.st. (fodnote 26), s. 15, beskriver derfor den tilgang, der følges i direktivet, som liberal. I henhold hertil er alt tilladt, som ikke udtrykkeligt er forbudt. G. De Cristofaro, a.st. (fodnote 6), s. 11, har med rette bemærket, at direktivet følger en punktvis tilgang ved at fastsætte kriterierne for, at en handelspraksis kan betragtes som urimelig, mens det helt undlader at beskrive, hvad der kendetegner en rimelig handelspraksis.

34 — Denne romerretlige maksime betyder ordret »i tvivl for friheden« og vedrørte oprindeligt kun spørgsmålet, om en person er slave eller ej (jf. D. Liebs, *Lateinische Rechtsregeln und Rechtssprichwörter*, München, 1998, s. 103). I den nuværende retslære associeres den enkeltes minimum af frihed i en bestemt samfundsorden med dette princip. H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, Wien, 1960, s. 43, henviser således til, at lovgivningen som en samfundsorden, der fastsætter sanktioner, ikke kun regulerer menneskers adfærd i en positiv forstand ved at påbyde en sådan adfærd på en sådan måde, at den knytter en tvangshandling som sanktion til den modsatte adfærd og således forbyder denne adfærd, men også i en negativ forstand ved ikke at knytte nogen tvangshandling til en bestemt adfærd, hvorved denne adfærd ikke forbydes, og den modsatte adfærd ikke påbydes. Kelsen slutter på grundlag heraf, at »en adfærd, der ikke retligt er forbudt (i denne negative forstand), er retligt tilladt«. I denne retning også R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, Baden-Baden, 1985, s. 517, som taler om, at den retlige frihed som retsprincip umiddelbart har forrang.

forbud, hvis en handelspraksis må betragtes som urimelig, fordi den er i modstrid med kravet om erhvervs­mæssig diligens­pligt eller væsentligt forvrider eller kan forventes væsentligt at forvride den økonomiske adfærd i forhold til produktet hos gennemsnitsforbrugeren.

undtagelserne i den belgiske lovs artikel 55-57. Heroverfor kan det imidlertid indvendes, at selv om de nævnte undtagelser i realiteten begrænser det principielle forbud i den belgiske lovs artikel 54, ændrer dette intet ved den omstændighed, at der i den forbindelse er tale om en udtømmende opregning af tilladte former for handelspraksis, som ikke tillader nogen udvidelser til fordel for erhvervsfriheden. Den belgiske bestemmelse er konceptmæssigt statisk og kan kun ændres ved en lovændring for at opfylde kravene i direktivet.

83. Om dette er tilfældet med hensyn til tilgift, kan imidlertid ikke fastslås generelt, da det i denne henseende, som den belgiske regering selv har erkendt³⁵, er nødvendigt at vurdere den konkrete handelspraksis i det enkelte tilfælde. Det fremgår i øvrigt af betragtning 17 til direktiv 2005/29, at fællesskabslovgiver også har antaget, at det er nødvendigt at vurdere hvert enkelt tilfælde i forhold til bestemmelserne i artikel 5-9 i tilfælde af, at en handelspraksis ikke falder ind under de former for handelspraksis, der er anført i bilag I³⁶.

84. Den belgiske regering har imidlertid anført, at den nationale lovgiver selv har foretaget denne vurdering ved at indføre

85. Dette principielle forbud medfører i praksis, at den liberale orientering af reglerne om illoyal konkurrence, der tilstræbes med direktiv 2005/29, fordrejes fuldstændigt, idet forbuddet ophøjes til princip, og erhvervsfriheden gøres til undtagelse. Retligt betraget medfører forbuddet i den belgiske lovs artikel 54, uanset de deri indeholdte undtagelser, en uoverskuelig udvidelse af den i bilag I indeholdte fortegnelse over former for forbudt handelspraksis, hvilket medlemsstaterne imidlertid netop er afskåret fra at gøre i betragtning af den med direktiv 2005/29 forbundne fuldstændige og maksimale harmonisering³⁷.

35 — I punkt 19 i sit skriftlige svar på Domstolens spørgsmål har den belgiske regering anført, at den belgiske lovs artikel 54 oprindeligt er baseret på loven af 14.7.1971. På daværende tidspunkt var den belgiske lovgiver af den opfattelse, at tilgift ikke *per se* kunne betragtes som urimelig handelspraksis, med det resultat, at den var tvunget til at undersøge i hvert enkelt tilfælde, om tilgift var rimelig.

36 — Dette følger modsætningsvis af tredje punktum i betragtning 17, hvori det nemlig hedder, at de i bilag I anførte former for handelspraksis er de eneste, der kan anses for urimelige, »uden først i hvert enkelt tilfælde at være blevet vurderet i forhold til bestemmelserne i artikel 5-9«.

37 — G. Abbamonte, a.st. (fodnote 26), s. 21, har anført, at medlemsstaterne ikke selv må udvide den udtømmende fortegnelse over former for forbudt handelspraksis, der er indeholdt i bilag I til direktiv 2005/29. Hvis de havde lov til at gøre dette, ville dette resultere i en omgåelse af den med direktivet tilsigtede maksimale harmonisering, hvilket ville hindre formålet om retssikkerhed.

86. Den belgiske lovs artikel 54 er dermed trods undtagelserne i artikel 55-57 med hensyn til sin struktur udformet betydeligt mere repressivt og mindre fleksibelt end direktiv 2005/29, som kræver en vurdering af, om der i hvert enkelt tilfælde foreligger en urimelig handelspraksis³⁸.

87. Som Kommissionen med rette har anført, har fællesskabslovgiver overdraget opgaven med at vurdere på grundlag af konkrete omstændigheder, om en handelspraksis er rimelig, navnlig med hensyn til dens virkning på den økonomiske adfærd hos gennemsynsforbrugerne, til de nationale domstole eller myndigheder. Ordlyden i betragtning 18 til direktivet henviser udtrykkeligt hertil³⁹. I henhold til artikel 11 og 12 påhviler det disse inden for rammerne af de sanktionsordninger, der skal indføres på nationalt plan, at sikre, at

dette direktivs bestemmelser overholdes⁴⁰. Når den belgiske lovgiver imidlertid fastsætter i lovgivningen, hvilke former for handelspraksis der udelukkende er tilladt, og ikke giver den lovforklende og — udøvende statsmagts organer, som direktiv 2005/29 for så vidt på samme måde er rettet til, skønmæssige beføjelser, er dette til hinder for at nå målet om en effektiv gennemførelse af dette direktiv på nationalt plan⁴¹.

88. Sammenfattende må det fastslås, at en national bestemmelse som den belgiske lovs artikel 54, der pålægger et principielt forbud

38 — Ifølge J. Massaguer, a.st. (fodnote 6), s. 50 og 51, er den nationale lovgiver på grund af den fuldstændige harmonisering, der er indført ved direktiv 2005/29, afskåret fra at indføre andre former for forbudt handelspraksis end dem, der er anført i bilag I. De nationale lovgivere må heller ikke indføre principielle (*»per se«*) forbud (dvs. forbud, hvor der i hvert enkelt tilfælde ikke behøver at blive foretaget en vurdering af, om de i artikel 5-9 i direktiv 2005/29 nævnte betingelser foreligger), som går videre end de i bilag I anførte forbud. Forfatteren nærer derfor tvivl med hensyn til, om et principielt forbud mod tilgift i det hele taget er foreneligt med direktiv 2005/29.

39 — Således også U. Bernitz, »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 ligeledes har påberåbt sig betragtning 18 til direktivet. Heri hedder det: »Nationale domstole og myndigheder skal selv, under hensyn til Domstolens retspraksis, foretage en vurdering med henblik på at bestemme gennemsynsforbrugerens typiske reaktion i et givet tilfælde.« Endvidere tales der i betragtning 20 om iværksættelse af administrative eller retlige foranstaltninger.

40 — I Fællesskabets medlemsstater findes der — som følge af historiske udviklinger og forskellige strukturer i retsordningerne — forskellige sanktionsordninger i forbindelse med lovgivningen om rimelig handelspraksis. Fællesskabsretten har hidtil kun punktvis samordnet medlemsstaternes sanktions- og procedureregler og foreskriver ingen bestemt ordning til at bekæmpe urimelig handelspraksis. Denne fællesskabsretlige accept af forskellige nationale håndhævelsessystemer ændres ikke som følge af direktiv 2005/29. Det påhviler fortsat de nationale lovgivere at afgøre, om bekæmpelsen af urimelig handelspraksis skal ske ad administrativ, strafferetlig eller civilretlig vej, som det bekræftes i direktivets artikel 11, stk. 1, tredje afsnit. I den forbindelse er det muligt at kombinere forskellige sanktionsordninger. De har ligeledes beføjelse til at fastsætte, om der skal finde en retlig og/eller en administrativ procedure sted (jf. i den henseende C. Alexander, »Die Sanktions- und Verfahrensvorschriften der Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken im Binnenmarkt — Umsetzungsbedarf in Deutschland?«, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht*, 2005, hæfte 10, s. 810, og J. Massaguer, a.st. (fodnote 6), s. 144).

41 — J. Stuyck, »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. 170, henviser til, at direktiv 2005/29 kræver en konkret vurdering af, om en handelspraksis er urimelig. Han er derfor af den opfattelse, at en national bestemmelse, som pålægger eller på abstrakt vis regulerer et principielt forbud mod visse former for salgsfremme, f.eks. salg med tab, gevinsttilbud, kuponer, opørsudsalg osv., uden at give domstolen beføjelse til at vurdere i hvert enkelt tilfælde, om den pågældende handelspraksis skal betragtes som urimelig over for forbrugerne, ikke længere kan opretholdes i lyset af direktiv 2005/29.

mod tilgift uden at give mulighed for at tage hensyn til omstændighederne i det konkrete tilfælde, ifølge sin natur er mere restriktiv og præskriptiv end bestemmelserne i direktiv 2005/29⁴².

89. I denne forbindelse skal det konkluderes, at den belgiske lovs artikel 54 vedrører et område, som er omfattet af en fuldstændig harmonisering, og hvor overgangsbestemmelserne i artikel 3, stk. 5, i direktiv 2005/29 ikke gælder. Det er under alle omstændigheder ikke klart, i hvilken udstrækning den belgiske lovs artikel 54 skal gennemføre de deri nævnte direktiver⁴³. Dette har den belgiske regering heller ikke anført. Undtagelsesbestemmelsen i artikel 3, stk. 9, i direktiv 2005/29 finder heller ikke anvendelse.

4. Tilbagetrækning af Kommissionens forslag til en forordning om salgsfremmende foranstaltninger i det indre marked

90. Der rejser sig det spørgsmål, hvilke følger tilbagetrækningen af Kommissionens forslag til en forordning om salgsfremmende foranstaltninger i det indre marked har for denne

fortolkning. Den belgiske regering har, støttet af den franske regering, nemlig i det væsentlige påberåbt sig, at den har antaget, at denne forordnings anvendelsesområde bl.a. også omfattede tilgift. Efter deres opfattelse kan det ikke konkluderes på grundlag af tilbagetrækningen af Kommissionens forslag, at det materielle anvendelsesområde for direktiv 2005/29 nu kan dække dette område.

91. Efter min opfattelse kan den belgiske regering ikke med føje påberåbe sig beskyttelse af en berettiget forventning, især ikke da den berettigede forventning, som den har gjort gældende, kun vedrører et forslag vedrørende en fællesskabsbestemmelse, som i sidste instans aldrig er trådt i kraft. Som regeringen selv har anført, forløb lovgivningsprocedurerne i forbindelse med forordningen og direktiv 2005/29 til dels samtidig. I sin egenskab af forfatningsmæssig repræsentant for en medlemsstat, der er repræsenteret i Rådet, deltog den belgiske regering afgørende i begge lovgivningsprocedurer og var derfor til stadighed informeret om deres forløb. Den kan derfor ikke gyldigt påberåbe sig manglende kendskab til forløbet af de to lovgivningsprocedurer⁴⁴.

42 — Jf. L. De Brouwer, a.st. (fodnote 28), s. 795, som giver udtryk for tvivl med hensyn til, om det belgiske forbud mod tilgift er foreneligt med direktiv 2005/29.

43 — Jf. punkt 77 i dette forslag til afgørelse.

44 — Jf. mit forslag til afgørelse af 13.9.2007 i sag C-319/06, Kommissionen mod Luxembourg, Sml. I, s. 4323, punkt 45, hvori jeg var af den opfattelse, at en regering i sin egenskab af forfatningsmæssig repræsentant for en medlemsstat, der er repræsenteret i Rådet, må se sig konfronteret med, at den har kendskab til de fortolkende erklæringer, der afgives af dette organ under lovgivningsproceduren.

92. Domstolen har understreget det særlige ansvar, som påhviler medlemsstatsregeringerne, der er repræsenteret i Rådet, ved gennemførelsen af direktiver. Af den omstændighed, at disse deltager i det forberedende arbejde med udformningen af direktiverne, har Domstolen således sluttet, at de må være i stand til at udfærdige de lovbestemmelser, der er nødvendige til gennemførelsen inden for den fastsatte frist⁴⁵.

direktiv 2005/29 stadig løb, påhvilede det den belgiske lovgiver at tage hensyn hertil ved tilpasningen af den nationale lovgivning.

94. Dette argument må derfor forkastes.

93. Senest på tidspunktet for tilbagetrækningen af Kommissionens forslag⁴⁶ skulle den belgiske regering derfor i givet fald have undersøgt, om det materielle anvendelsesområde for direktiv 2005/29 ville omfatte områder, der hidtil var dækket af den påtænkte forordning. En sådan fremgangsmåde var klart nødvendig, især da direktiv 2005/29 ifølge sit oprindelige koncept havde til formål for det første at indføre generelle, subsidiære bestemmelser inden for rammerne af Fællesskabets forbrugerbeskyttelseslovgivning og for det andet at opnå en fuldstændig harmonisering af medlemsstaternes bestemmelser om urimelig handelspraksis⁴⁷. På baggrund af, at tilbagetrækningen skete på et tidspunkt, hvor fristen for gennemførelsen af

5. Konklusion

95. På baggrund af ovenstående betragtninger når jeg til den konklusion, at direktiv 2005/29 er til hinder for en national bestemmelse som den belgiske lovs artikel 54.

45 — Dom af 1.3.1983, sag 301/81, Kommissionen mod Belgien, Sml. s. 467, præmis 11, og af 23.11.2000, sag C-319/99, Kommissionen mod Frankrig, Sml. I, s. 10439, præmis 10.

46 — Kommissionens beslutning om at trække sit forslag til forordningen tilbage blev offentliggjort i EUT 2006 C 64, s. 3. Kommissionen havde imidlertid allerede bebudet denne beslutning i sin meddelelse »Resultat af screeningen af verserende lovforslag«, KOM(2005) 462 endelig udg. af 27.9.2005, s. 10.

47 — Således også J. Stuyck, a.st. (fodnote 41), s. 161, der har givet udtryk for den formodning, at flere medlemsstater tydeligvis ikke var klar over, at de bestemmelser i det tilbagetrukne forordningsforslag, som vedrørte forholdet mellem den erhvervsdrivende og forbrugeren, i sidste instans alligevel indgik i direktiv 2005/29 (i betragtning af målsætningen om en fuldstændig harmonisering).

D — Foreneligheden af den belgiske lovs artikel 54 med de grundlæggende friheder

96. Forelæggelsen i sag C-299/07 sigter endvidere mod at få fastslået, om artikel 49 EF er til hinder for en national bestemmelse som den belgiske lovs artikel 54.

97. Selv om der i det præjudicielle spørgsmål i forbindelse med sag C-261/07 ikke eksplicit anmodes om fortolkning af artikel 49 EF, behandler den forelæggende ret alligevel udtrykkeligt denne problematik i præmisserne i sin forelæggelseskendelse. Det bemærkes herved, at det tilkommer Domstolen at oplyse den nationale ret om alle de momenter, der angår fortolkning af fællesskabsretten, og som kan være til nytte ved afgørelsen af den sag, som verserer for denne, uanset om den henviser til dem i sine spørgsmål⁴⁸. I betragtning af de virkninger, som en præjudiciel afgørelse vil have på retsordenen i Kongeriget Belgien, forekommer det mig uomgængeligt også at behandle artikel 49 EF i forbindelse med en undersøgelse af sag C-261/07.

98. Indledningsvis skal det imidlertid afklares, om bestemmelserne i EF-traktaten i det hele taget kan anvendes som prøvelseskriterium, og hvilke grundlæggende friheder der i givet fald kan finde anvendelse i det konkrete tilfælde.

48 — Jf. dom af 12.12.1990, sag C-241/89, SARPP, Sml. I, s. 4695, præmis 8, af 2.2.1994, sag C-315/92, Verband Sozialer Wettbewerb, »Clinique«-dommen, Sml. I, s. 317, præmis 7, af 4.3.1999, sag C-87/97, Consorzio per la tutela del formaggio Gorgonzola, Sml. I, s. 1301, præmis 16, af 7.9.2004, sag C-456/02, Trojani, Sml. I, s. 7573, præmis 38, og af 17.2.2005, sag C-215/03, Oulane, Sml. I, s. 1215, præmis 47.

1. Grundlæggende friheder som prøvelseskriterium

99. Selv om det er i overensstemmelse med fast retspraksis, at når der inden for et område er udstedt harmoniserede bestemmelser på fællesskabsplan, skal nationale foranstaltninger på området bedømmes på grundlag af de harmoniserede bestemmelser og ikke på grundlag af EF-traktatens bestemmelser⁴⁹, vil jeg alligevel erindre om, hvilket Kommissionen med rette har henvist til, at medlemsstaterne var forpligtet til at gennemføre direktiv 2005/29 senest den 12. december 2007⁵⁰. Som allerede nævnt påhvilede det den nationale domstol at undersøge, om en fortolkning af den nationale ret i overensstemmelse med direktivet var nødvendig inden udløbet af gennemførelsesfristen for at sikre, at direktivets formål blev nået. Dette problem vedrørte imidlertid ikke EF-traktatens umiddelbart anvendelige bestemmelser vedrørende de grundlæggende friheder, der ikke kræver gennemførelse, hvorfor der overhovedet ikke var tvivl om, at disse i princippet fandt anvendelse. Jeg er derfor af den opfattelse, at EF-traktatens bestemmelser, i det mindste hvad angår de foreliggende hovedsager, kan anvendes som prøvelseskriterium ved siden af direktiv 2005/29.

49 — Dom af 5.10.1977, sag 5/77, Tedeschi, Sml. s. 1555, præmis 35, af 30.11.1983, sag 227/82, Van Bennekom, Sml. s. 3883, præmis 35, af 12.10.1993, sag C-37/92, Vanacker og Lesage, Sml. I, s. 4947, præmis 9, af 5.10.1994, sag C-323/93, Centre d'insémination de la Crespelle, Sml. I, s. 5077, præmis 31, af 11.7.1996, forenede sager C-427/93, C-429/93 og C-436/93, Bristol-Myers Squibb m.fl., Sml. I, s. 3457, præmis 25, af 13.12.2001, sag C-324/99, Daimler-Chrysler, Sml. I, s. 9897, præmis 32, og af 11.12.2003, sag C-322/01, Deutscher Apothekerverband, Sml. I, s. 14887, præmis 64. Jf. endvidere i denne henseende i mit forslag til afgørelse af 4.9.2008 i den verserende sag C-445/06, Danske Slagterier mod Tyskland, punkt 79.

50 — Jf. punkt 49 i dette forslag til afgørelse.

2. Anvendelsesområdet for de grundlæggende friheder

100. Rechtbank van koophandel te Antwerpen har i sin forelæggelseskendelse i sag C-299/07 undersøgt, om de omtvistede nationale bestemmelser er i overensstemmelse med fællesskabsretten i lyset af de primærretlige bestemmelser vedrørende den frie udveksling af tjenesteydelser og de frie varebevægelser. I den forbindelse har den koncentreret undersøgelsen om artikel 28 EF. Den belgiske og den franske regering samt Kommission har til støtte for deres argument henvist til, at det grundlæggende princip om frie varebevægelser og ikke den frie udveksling af tjenesteydelser er det centrale spørgsmål i begge sager.

a) Fri udveksling af tjenesteydelser

101. Som tjenesteydelser betragtes i henhold til artikel 50 EF de ydelser, der normalt udføres mod betaling. Sanoma leverer ifølge egne oplysninger markedsførings- og reklameydelser mod betaling i forbindelse med salget af en lang række tidsskrifter, herunder tidsskriftet »Flair«, i flere medlemsstater i Den Europæiske Union, bl.a. i Nederlandene, Belgien og Luxembourg. Disse tjenesteydelser omfatter offentliggørelsen af rabattilbuddet i netop dette tidsskrift, hvilket udgør baggrunden for hovedsagen. Dette kan derfor betragtes som en tjenesteydelse som omhandlet i artikel 50 EF.

102. Det fremgår på sin side af forelæggelseskendelsen i sag C-261/07, at Total tilbyder sine kunder vederlagsfrie vejserviceydelser, idet de pågældende tjenesteydelser leveres af tredjemand, nemlig virksomheden Touring. Selv om der ikke foreligger nærmere oplysninger om det kontraktlige forhold mellem de to virksomheder, kan det imidlertid antages, at Touring i den forbindelse leverer tjenesteydelser for Total mod betaling.

b) Frie varebevægelser

103. Fra en forbrugers synspunkt, hvilket efter min opfattelse er det afgørende, udgør købet af et tidsskrift sammen med et rabattilbud, som det er tilfældet i sag C-299/07, imidlertid i sidste instans en modtagelse af en vare og ikke en tjenesteydelse, hvorfor det kan anses for at være omfattet af det materielle anvendelsesområde for de frie varebevægelser.

104. Det samme gælder for de omstændigheder, der ligger til grund for sag C-261/07, som først og fremmest vedrører køb af brændstof og dermed en vare. De vederlagsfrie vejserviceydelser fra virksomheden Touring, der er associeret med Total, kommer ganske vist forbrugeren til gode,

men forbrugere køber ikke alene varen alene for de dermed forbundne tjenesteydelsers skyld. Derimod skal disse, i overensstemmelse med den funktion, som tilgift har, skabe et købsincitament⁵¹.

105. Sagerne er derfor omfattet af anvendelsesområdet for begge grundlæggende friheder.

c) Forholdet mellem den frie udveksling af tjenesteydelser og de frie varebevægelser

106. Spørgsmålet er, hvilket forhold der er mellem disse grundlæggende friheder. Den belgiske og den franske regerings bemærkninger må forstås således, at de frie varebevægelser efter deres opfattelse har forrang for den frie udveksling af tjenesteydelser.

107. Når en national foranstaltning begrænser både de frie varebevægelser og den frie udveksling af tjenesteydelser, tager Domstolen i realiteten i princippet alene stilling til foranstaltningen i forhold til den ene af disse to grundlæggende friheder, hvis det under sagen viser sig, at en af disse er helt sekundær i forhold til den anden og kan anses

for at være knyttet til denne⁵². Derudover skal det tages i betragtning, at den frie udveksling af tjenesteydelser i henhold til artikel 50 EF er subsidiær i forhold til de frie varebevægelser.

108. I de foreliggende tilfælde kan den frie udveksling af tjenesteydelser imidlertid ikke uden videre anses for at være subsidiær i forhold til de frie varebevægelser. Der kan kun foretages en afgrænsning mellem frie varebevægelser og fri udveksling af tjenesteydelser, som den belgiske og den franske regering har foreslået, i forbindelse med såkaldte »blandede ydelser« inden for det samme ydelsesforhold⁵³.

52 — Dom af 24.3.1994, sag C-275/92, Schindler, Sml. I, s. 1039, præmis 22, og af 22.1.2002, sag C-390/99, Canal Satélite Digital, Sml. I, s. 607, præmis 31.

53 — Ifølge M. Holoubek, *EU-Kommentar* (udgivet af Jürgen Schwarze), artikel 50 EF, punkt 15, s. 793; J. Budichowsky, *Kommentar zu EU- und EG-Vertrag* (udgivet af Heinz Mayer), Wien, 2004, artikel 49, 50, punkt 50, s. 15, og W. Kluth i Calliess/Ruffert (udg.), *Kommentar zu ELIV/EGV*, 3. oplag, 2007, artikel 49 og 50, punkt 15, s. 821 og 822, er det nødvendigt at foretage en afgrænsning mellem frie varebevægelser og fri udveksling af tjenesteydelser, når der er tale om »blandede ydelser«. Blandingen kan i den forbindelse enten bestå i, at vareleverancen og tjenesteydelsen i relation hertil er omfattet af ét og samme ydelsesforhold (f.eks. levering af et edb-anlæg samt installation af styresoftware), eller det kan i det hele taget være uklart, om en bestemt ydelse skal betragtes som en vareleverance eller en tjenesteydelse (f.eks. visse håndværksmæssige ydelser). I førstnævnte tilfælde skal det først undersøges, om en opdeling af de to områder er tænkelig (jf. dom af 30.4.1974, sag 155/73, Sacchi, Sml. s. 509, præmis 6 ff., hvor en fjernsynsudsendelse blev betragtet som tjenesteydelse, mens film og lydberere blev betragtet som varer). Hvis en sådan opdeling i enkelte ydelser ikke er mulig, dvs. skal én enkelt ydelse vurderes, tages der udgangspunkt i en regel om, hvad der er det dominerende. I henhold hertil er det centrale indhold af den omhandlede ydelse af afgørende betydning. En afgrænsning efter dette kriterium kan derfor resultere i, at tjenesteydelsesaspektet har rent accessorisk karakter, således at tjenesteydelsen også er omfattet af de frie varebevægelser (jf. dom af 19.3.1991, sag C-202/88, Frankrig mod Kommissionen, Sml. I, s. 1223, i forbindelse med tilslutning, ibrugtagning og vedligeholdelse af teleterminaludstyr).

51 — Jf. punkt 69 i dette forslag til afgørelse.

109. Som Kommissionen med rette har erkendt⁵⁴, vedrører de to grundlæggende friheder forskellige retsforhold — på den ene side forholdet mellem virksomhederne, på den anden side forholdet mellem virksomheden og forbrugeren — således at ingen af dem kan betragtes som underordnet i forhold til den anden. Følgelig skal det undersøges på grundlag af de to grundlæggende friheder, om den belgiske lovs artikel 54 er forenelig med fællesskabsretten.

3. Begrænsning af de grundlæggende friheder

a) Frie varebevægelser

i) Foranstaltning med tilsvarende virkning

— Dassonville-formel

110. De frie varebevægelser sikres navnlig gennem forbuddet mod kvantitative indførselsrestriktioner og alle foranstaltninger med tilsvarende virkning mellem medlemsstaterne

i Det Europæiske Fællesskab i henhold til artikel 28 EF.

111. Ifølge Domstolens faste praksis omfatter forbuddet i artikel 28 EF mod foranstaltninger med tilsvarende virkning som kvantitative restriktioner enhver af medlemsstaternes bestemmelser for handelen, som direkte eller indirekte, aktuelt eller potentielt, kan hindre samhandelen i Fællesskabet⁵⁵. Dette indebærer, at selv om en foranstaltning ikke har til formål at regulere vareudvekslingen mellem medlemsstaterne, er det afgørende således, hvilken aktuel eller potentiel virkning den har for samhandelen i Fællesskabet⁵⁶. Ifølge retspraksis er allerede potentielle virkninger for samhandelen i Fællesskabet nok til, at der i et konkret tilfælde kan antages at foreligge en grænseoverskridende situation⁵⁷.

55 — Jf. dom af 11.7.1974, sag 8/74, Dassonville, Sml. s. 837, præmis 5, af 24.11.1993, forenede sager C-267/91 og C-268/91, Keck og Mithouard, Sml. I, s. 6097, præmis 11, af 16.11.2000, sag C-217/99, Kommissionen mod Belgien, Sml. I, s. 10251, præmis 16, af 19.6.2003, sag C-420/01, Kommissionen mod Italien, Sml. I, s. 6445, præmis 25, af 23.9.2003, sag C-192/01, Kommissionen mod Danmark, Sml. I, s. 9693, præmis 39, af 2.12.2004, sag C-41/02, Kommissionen mod Nederlandene, Sml. I, s. 11375, præmis 39, af 10.1.2006, sag C-147/04, De Groot en Slot Allium og Bejo Zaden, Sml. I, s. 245, præmis 71, af 26.10.2006, sag C-65/05, Kommissionen mod Grækenland, Sml. I, s. 10341, præmis 27, af 15.3.2007, sag C-54/05, Kommissionen mod Finland, Sml. I, s. 2473, præmis 30, af 20.9.2007, sag C-297/05, Kommissionen mod Nederlandene, Sml. I, s. 7467, præmis 53, af 8.11.2007, sag C-143/06, Ludwigs-Apotheke, Sml. I, s. 9623, præmis 25, og af 10.4.2008, sag C-265/06, Kommissionen mod Portugal, Sml. I, s. 2245, præmis 31.

56 — Jf. punkt 39 i generaladvokat Mazáks forslag til afgørelse af 8.2.2007 i sag C-254/05, Kommissionen mod Belgien, Sml. I, s. 4269, samt punkt 37 i mit forslag til afgørelse af 13.12.2007 i sag C-265/06, Kommissionen mod Portugal, Sml. I, s. 2245.

57 — Dom af 10.11.1992, sag C-3/91, Exportur, Sml. I, s. 5529, præmis 17 ff.

54 — Kommissionen har i sit skriftlige indlæg først og fremmest undersøgt, om bestemmelserne vedrørende de frie varebevægelser (punkt 28-30) finder anvendelse og derpå for alle tilfældes skyld bestemmelserne vedrørende den frie udveksling af tjenesteydelser (punkt 32-38).

112. I Oosthoek's Uitgeversmaatschappij-dommen⁵⁸ fastslog Domstolen i forbindelse med et nederlandsk forbud mod gavetilbud, at der forelå en begrænsning af de frie varebevægelser. Den gav dengang udtryk for den opfattelse, at en lovgivning, som begrænser eller forbyder visse former for reklame og visse salgsfremmende metoder, selv om den ikke direkte påvirker indførslerne, kan begrænse disses omfang, fordi den påvirker mulighederne for afsætning af de indførte varer. Det kan ikke udelukkes, at den omstændighed, at den pågældende erhvervsdrivende er tvunget til enten at anvende forskellige reklamesystemer eller salgsfremmende metoder, alt efter hvilken medlemsstat det drejer sig om, eller opgive et system, som han anser for særligt effektivt, kan udgøre en hindring for importen, selv om en sådan lovgivning gælder uden forskel for indenlandske og indførte varer.

113. Jeg ser heri en vis parallel til de faktiske omstændigheder, der ligger til grund for sag C-299/07. Et forbud mod tilgift som det, der er fastsat i den belgiske lov, kan nemlig, selv om det ikke umiddelbart selv regulerer importen, potentielt gøre det vanskeligere for virksomheder at sælge visse varer i Belgien end i andre medlemsstater, hvor tilgift er tilladt. Dette gælder f.eks. for Sanoma, en virksomhed med hjemsted i Finland, som ifølge egne oplys-

ninger via sine tidsskrifter formidler kombinationstilbud fra forskellige udbydere, bl.a. også i Finland, Nederlandene og Luxembourg, hvor der ikke findes et tilsvarende forbud. Et sådant forbud medfører under alle omstændigheder, at Sanoma først må sælge sådanne tidsskrifter i Belgien, når selskabet har sikret sig, at kravene i den belgiske lov overholdes.

114. I det mindste ifølge den vide definition af begrebet en foranstaltning med tilsvarende virkning som omhandlet i artikel 28 EF kan der derfor foreligge en restriktion af de frie varebevægelser.

— Bestemte former for salg

115. Domstolen har imidlertid i Keck og Mithouard-dommen bemærket⁵⁹, at nationale bestemmelser, som begrænser eller forbyder bestemte former for salg — og som dels finder anvendelse på alle de berørte erhvervsdrivende, der udøver virksomhed i indlandet, dels, såvel retligt som faktisk,

58 — Dom af 15.12.1982, sag 286/81, Oosthoek's Uitgeversmaatschappij, Sml. s. 4575, præmis 15. Sagsøgeren i hovedsagen var en virksomhed, som solgte leksika, der var fremstillet i Belgien og Nederlandene, i hele det nederlandske sprogområde (Nederlandene, Belgien og en del af det nordlige Frankrig). Siden 1974 havde denne virksomhed i annoncer i aviser og tidsskrifter samt i foldere tilbudt alle abonnenter på et leksikon en ordbog, et verdensatlas eller et lille leksikon som gave. Efter ikrafttrædelsen af et forbud mod sådanne gaver i Nederlandene blev der på grund af denne praksis rejst tiltale mod virksomheden for overtrædelse af denne forbudslovs bestemmelser. Efter Domstolens opfattelse var den økonomiske virksomhed tilstrækkelig til, at der var tale om »transaktioner i samhandelen inden for Fællesskabet«, dvs. en grænseoverskridende situation (jf. dommens præmis 9).

59 — Jf. bl.a. Keck og Mithouard-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 55, præmis 16, dom af 15.12.1993, sag C-292/92, Hünermund m.fl., Sml. I, s. 6787, præmis 21, og af 13.1.2000, sag C-254/98, TK-Heimdienst, Sml. I, s. 151, præmis 23, Deutscher Apothekerverband-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 49, præmis 68, dom af 25.3.2004, sag C-71/02, Karner, Sml. I, s. 3025, præmis 37, af 26.5.2005, sag C-20/03, Burmanjer m.fl., Sml. I, s. 4133, præmis 24, af 23.2.2006, sag C-441/04, A-Punkt Schmuckhandel, Sml. I, s. 2093, præmis 15, af 28.9.2006, sag C-434/04, Ahokainen og Leppik, Sml. I, s. 9171, præmis 19, og af 14.2.2008, sag C-244/06, Dynamic Medien, Sml. I, s. 505, præmis 29.

påvirker afsætningen af indenlandsk fremstillede varer og varer fra andre medlemsstater på samme måde — ikke antages at hindre samhandelen mellem medlemsstaterne.

samme måde for indenlandske og udenlandske erhvervsdrivende.

116. Et nationalt forbud mod tilgift udgør ikke en produktrelateret bestemmelse, da det ikke vedrører et produkts benævnelse, form, dimensioner, vægt, sammensætning, præsentation, mærkning eller emballage⁶⁰. Der er derimod tale om en salgsrelateret bestemmelse, som forbyder bestemte markedsføringsmetoder, der tager sigte på at fremme afsætningen⁶¹, og dermed i sidste instans om en bestemt form for salg i henhold til retspraksis.

ii) Foreløbig konklusion

118. På baggrund heraf når jeg til den konklusion, at forbuddet mod tilgift i den belgiske lovs artikel 54 ikke kan betragtes som en foranstaltning med tilsvarende virkning som omhandlet i artikel 28 EF.

117. Det fremgår endelig af forelæggelseskendelsen⁶², at forbuddet mod at afgive kombinationstilbud i Belgien gælder på

119. Artikel 28 EF er derfor ikke til hinder for en sådan national bestemmelse.

60 — Jf. Keck og Mithouard-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 55, præmis 15, og dom af 6.7.1995, sag C-470/93, Mars, Sml. I, s. 1923, præmis 12.

61 — L. Dubois./C. Blumann, *Droit matériel de l'Union européenne*, 3. oplag, Paris, 2004, punkt 396, s. 243, har anført, at Domstolen hidtil har undladt at formulere en definition af de bestemte former for salg eller nævne eksempler derpå. Forfatterne har imidlertid påpeget, at spørgsmålet, om der foreligger bestemte former for salg, navnlig har rejst sig på reklameområdet. I den forbindelse har Domstolen i vidt omfang lagt til grund, at der var tale om bestemte former for salg, f.eks. i forbindelse med reklameforbud bestemte steder eller for at beskytte visse persongrupper (dom af 9.2.1995, sag C-412/93, Leclerc-Siplec, Sml. I, s. 179), offentligt salg af levnedsmidler (dom af 13.1.2000, sag C-254/98, TK-Heimdienst, Sml. I, s. 151), salg af alkoholholdige drikkevarer (dom af 8.3.2001, sag C-405/98, Gourmet international, Sml. I, s. 1795) eller salg af lægemidler via internettet (Deutscher Apothekerverband-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 49). J. Stuyck, a.st. (fodnote 41), s. 164 og 165, har med henvisning til ovennævnte retspraksis anført, at kvalificeringen af nationale bestemmelser om reklame og salgsfremme som bestemte former for salg medførte, at artikel 28 EF ikke kunne anvendes på dem.

62 — Jf. præmis 5 i forelæggelseskendelsen i sag C-299/07.

b) Fri udveksling af tjenesteydelser

120. Artikel 49 EF kræver ikke blot afskaffelse af enhver form for forskelsbehandling til skade for en tjenesteyder med hjemsted i en anden medlemsstat på grund af dennes nationalitet, men også ophævelse af enhver restriktion, selv om denne restriktion gælder uden forskel for indenlandske tjenesteydere

og tjenesteydere fra andre medlemsstater, der kan forbyde, hindre eller indebære større ulemper for den virksomhed, som udøves af en tjenesteyder med hjemsted i en anden medlemsstat, hvor denne lovligt præsterer tilsvarende tjenesteydelser⁶³.

derfor en restriktion af den frie udveksling af tjenesteydelser.

121. Det omtvistede forbud i den belgiske lovs artikel 54 gør det vanskeligere for en virksomhed som Sanoma at levere reklameydelse til andre virksomheder, som i henhold til den i denne lovbestemmelse indeholdte retlige definition kan betragtes som tilgift. Som allerede nævnt⁶⁴, ville Sanoma i praksis være tvunget til at undersøge, om enhver reklameforanstaltning er i overensstemmelse med den belgiske bestemmelse, mens der ikke er tale om et sådant krav med hensyn til andre lande, hvor produktet sælges, og hvor der ikke gælder et tilsvarende forbud. Dette krav kan absolut gøre annonceringen af visse fælles tilbud fra Sanoma og selskabets forretningspartnere, som bl.a. også er rettet til læsere i Belgien, mindre attraktiv. Der foreligger

122. Ifølge fast retspraksis kan artikel 49 EF ikke finde anvendelse på aktiviteter, hvis samtlige deres relevante elementer findes inden for en enkelt medlemsstat⁶⁵. Det må konstateres, at i modsætning til i sag C-299/07 kan der i sag C-261/07 ikke uden videre fastslås en grænseoverskridende situation, især ikke da både Total og Touring har deres hjemsted i Belgien. Alligevel udelukker denne omstændighed efter min opfattelse ikke en anvendelse af artikel 49 EF, da det er anerkendt i Domstolens praksis, at artikel 49 EF finder anvendelse i alle tilfælde, hvor en tjenesteyder tilbyder tjenesteydelser i en anden medlemsstat end den, hvor han er etableret, uanset hvor modtagerne af tjenesteydelserne er hjemmehørende⁶⁶. Som Total har anført i sit skriftlige indlæg, gælder Total Assistances tilbud i over 35 europæiske lande. Da Touring også leverer vejserviceydelse til

63 — Dom af 25.7.1991, sag C-76/90, Säger, Sml. I, s. 4221, præmis 12, af 9.8.1994, sag C-43/93, Vander Elst, Sml. I, s. 3803, præmis 14, af 28.3.1996, sag C-272/94, Guiot, Sml. I, s. 1905, præmis 10, af 12.12.1996, sag C-3/95, Reisebüro Broede, Sml. I, s. 6511, præmis 25, af 9.7.1997, sag C-222/95, Parodi, Sml. I, s. 3899, præmis 18, af 23.11.1999, forenede sager C-369/96 og C-376/96, Arblade, Sml. I, s. 8453, præmis 33, af 20.2.2001, sag C-205/99, Analir m.fl., Sml. I, s. 1271, præmis 21, og af 15.1.2002, sag C-439/99, Kommissionen mod Italien, Sml. I, s. 305, præmis 22.

64 — Jf. punkt 113 i dette forslag til afgørelse.

65 — Dom af 23.4.1991, sag C-41/90, Höfner og Elser, Sml. I, s. 1979, præmis 37, af 28.1.1992, sag C-332/90, Steen, Sml. I, s. 341, præmis 9, af 16.2.1995, forenede sager C-29/94 — C-35/94, Aubertin m.fl., Sml. I, s. 301, præmis 9, og af 16.1.1997, sag C-134/95, USSL N° 47 di Biella, Sml. I, s. 195, præmis 19.

66 — Domstolen har fastslået, at selv om artikel 49 EF tog sigte på aktiv og passiv grænseoverskridende levering af tjenesteydelser, havde den ikke til formål at begrænse dens beskyttelsesvirkninger til sådanne former for tjenesteydelser og følgelig undtage andre tilfælde af grænseoverskridende levering af tjenesteydelser fra sit beskyttelsesområde. Efterfølgende har Domstolen også omfattet situationer af artikel 49 EF's beskyttelsesområde, hvor tjenesteydelsen ganske vist tilbydes eller leveres i en anden medlemsstat, men til en tjenesteydelsesmodtager, der er bosiddende i samme medlemsstat som tjenesteyderen (jf. domme af 26.2.1991, sag C-198/89, Kommissionen mod Grækenland, Sml. I, s. 727, præmis 10, sag C-154/89, Kommissionen mod Frankrig, Sml. I, s. 659, præmis 10, og sag C-180/89, Kommissionen mod Italien, Sml. I, s. 709, præmis 9, samt dom af 1.7.1993, sag C-20/92, Hubbard, Sml. I, s. 3777, præmis 12).

Totals kunder uden for Belgien, leverer virksomheden i sin egenskab af medkontrahent en tjenesteydelse, der kan betragtes som grænseoverskridende i henhold til artikel 49 EF.

af de grundlæggende principper i Fællesskabet⁶⁸, kan en restriktion for denne frihed kun være berettiget, hvis den forfølger et legitimt mål, som er foreneligt med traktaten eller er begrundet i tvingende almene hensyn, og det kræves i en sådan situation, at den skal være egnet til at sikre gennemførelsen af det pågældende mål, og at den ikke går ud over, hvad der er nødvendigt for at opnå det tilsigtede formål⁶⁹.

123. Et generelt forbud mod tilgift, som forbyder levering af vejserviceydelser knyttet til køb af brændstof uden mulighed for at undersøge omstændighederne i det enkelte tilfælde, kan uden tvivl varigt være til hinder for tjenesteydelser af den beskrevne art. Dette må derfor betragtes som en restriktion for den frie udveksling af tjenesteydelser⁶⁷.

a) Forbrugerbeskyttelse som et tvingende alment hensyn

4. Begrundelse

124. Det fremgår af Domstolens praksis, at da den frie udveksling af tjenesteydelser udgør et

125. De omtvistede nationale bestemmelsers formål er, som det allerede fremgår af lovens overskrift, forbrugerbeskyttelse. Beskyttelse af

67 — Jf. F. Longfils, *L'offre conjointe: la métamorphose? — Régime actuel et perspectives en droits belge et européen*, Bruxelles, 2003, punkt 100, s. 45, som er af den opfattelse, at en national lovgivning, der regulerer tilgift og i den forbindelse fastsætter strengere betingelser end de andre medlemsstater, også selv om de uden forskel finder anvendelse på indenlandske og indførte produkter, kan begrænse de frie varebevægelser og den frie udveksling af tjenesteydelser.

68 — Jf. bl.a. domme af 4.12.1986, sag 220/83, Kommissionen mod Frankrig, Sml. s. 3663, præmis 17, og sag 252/83, Kommissionen mod Danmark, Sml. s. 3713, præmis 17.

69 — Jf. navnlig dom af 5.6.1997, sag C-398/95, SETTG, Sml. I, s. 3091, præmis 21, af 30.3.2006, sag C-451/03, Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti, Sml. I, s. 2941, præmis 37, af 5.12.2006, forenede sager C-94/04 og C-202/04, Cipolla m.fl., Sml. I, s. 11421, præmis 61, og af 18.12.2007, sag C-341/05, Laval un Partneri, Sml. I, s. 11767, præmis 101.

forbrugerne er anerkendt i retspraksis⁷⁰ som et tvingende alment hensyn, der kan begrunde en restriktion for den frie udveksling af tjenesteydelser.

b) Egnethed af et principielt forbud mod tilgift

126. I den allerede nævnte Oosthoek's Uitgeversmaatschappij-dom⁷¹ har Domstolen fastslået, at gavetilbud som salgsfremmende middel kan vildlede forbrugerne med hensyn til varenes reelle pris og fordreje konkurrenceforholdene, som er baseret på konkurrenceedygtighed. Derfor har den anset en lovgivning, som af denne grund begrænser eller endog forbyder en sådan handelspraksis, for at være egnet til at bidrage til beskyttelsen af forbrugerne og til at fremme god handelsskik.

127. Selv om et samlet tilbud begrebsmæssigt ikke kan sidestilles med tilgift⁷², kan et uigen-

nemstigt samlet tilbud dog også vildlede forbrugerne med hensyn til det sande indhold og de faktiske egenskaber af den vare- eller tjenesteydelseskombination, som markedsføres. Der er navnlig tale om et øget vildledningspotentiale, når annoncøren skjuler væsentlige oplysninger eller stiller dem til rådighed på uklar, uforståelig eller tvetydig vis. Hvis forbrugeren derved får et konkret fejlagtigt indtryk med hensyn til den fordelagtige pris for det samlede tilbud, egenskaberne eller værdien de kombinerede ydelser, fratages vedkommende samtidig muligheden for at foretage en pris- og kvalitetssammenligning mellem dette tilbud og tilsvarende ydelser fra andre udbydere⁷³. I den henseende kan et principielt forbud mod samlede tilbud absolut forebygge denne risiko for forbrugerne.

c) Nødvendighed/proportionalitet

128. Efter min opfattelse går et principielt forbud mod tilgift videre, end hvad der er

70 — Jf. Reisebüro Broede-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 63, præmis 38 ff., dommen i sagen Kommissionen mod Frankrig, nævnt ovenfor i fodnote 68, præmis 20, og Oosthoek's Uitgeversmaatschappij-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 58, præmis 16.

71 — Oosthoek's Uitgeversmaatschappij-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 58, præmis 18.

72 — Således også H. Köhler/H. Piper, *Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb mit Preisangabenverordnung*, 3. oplag, München, 2002, § 1, punkt 250. Tilgift kan defineres som en (accessorisk) gave, der er afhængig af erhvervelsen af den primære vare eller tjenesteydelse, og som uden særlig beregning går ud over den primære ydelse, som adskiller sig fra denne, har en selvstændig økonomisk værdi og på grund af sin accessoriske karakter i forhold til den primære vare kan påvirke kundens købsbeslutning. I forbindelse med samlede tilbud, hvor en eller flere, også forskellige varer sammenfattes til ét tilbud, mangler der imidlertid tilgift, da hver enkelt (del)vare er en del af den sammensatte ydelse og indgår i den samlede pris.

73 — Således også S. Charaktiniotis, a.st. (fodnote 24), s. 197, som henviser til risiciene ved et uigennemstigt samlet tilbud.

nødvendigt med henblik på at nå formålet om forbrugerbeskyttelse.

når den opstiller et principielt forbud mod tilgift og kun tillader typer af sådanne tilbud, der er udtømmende opregnet⁷⁵.

129. Jeg er enig med Kommissionen i, at denne beskyttelse også kan sikres gennem en mere fleksibel og differentieret tilgang ved kun at forbyde de former for tilgift, som alt efter de konkrete omstændigheder i det enkelte tilfælde kan betragtes som vildledende eller aggressive, og som væsentligt forvrider eller kan forventes væsentligt at forvride den økonomiske adfærd hos gennemsnitsforbrugeren. Direktiv 2005/29 er et forbillede for en sådan tilgang.

131. Der foreligger derfor en uforholdsmæssig restriktion for den frie udveksling af tjenesteydelser.

130. En differentieret tilgang er så meget desto mere påkrævet, da ikke enhver form for tilgift, som allerede nævnt, kan betegnes som en urimelig handelspraksis⁷⁴. Derfor kan kun en bestemmelse, som i videst mulig udstrækning gennemfører den frie udveksling af tjenesteydelser og kun forbyder handelspraksis, som kan være skadelig ud fra et forbrugerbeskyttelsessynspunkt, være i overensstemmelse med proportionalitetsprincippet. En bestemmelse som den, der er fastsat i den belgiske lovs artikel 54, er imidlertid i strid med denne liberale tilgang,

5. Foreløbig konklusion

132. Artikel 49 EF er derfor til hinder for en national bestemmelse som den belgiske lovs artikel 54.

74 — Jf. punkt 83 i dette forslag til afgørelse.

75 — Jf. punkt 85 i dette forslag til afgørelse.

VII — Forslag til afgørelse

133. På baggrund af ovenstående betragtninger foreslår jeg Domstolen at besvare de præjudicielle spørgsmål fra Rechtbank van koophandel te Antwerpen på følgende måde:

»Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2005/29 om urimelig handelspraksis og artikel 49 EF om den frie udveksling af tjenesteydelser er til hinder for en national bestemmelse som artikel 54 i den belgiske lov af 14. juli 1991 om markedsføring samt om oplysning og beskyttelse af forbrugerne, der — med undtagelse af de tilfælde, som udtømmende er opregnet i loven — indebærer et forbud mod enhver form for tilgift, som en sælger yder en forbruger, hvorved erhvervelsen mod eller uden vederlag af varer, tjenesteydelser, andre former for begunstigelser eller værdikuponer, der giver ret til erhvervelse heraf, er knyttet til erhvervelsen af andre varer eller tjenesteydelser, uanset om disse er af samme art, og dette uanset de konkrete omstændigheder, navnlig uanset den påvirkning, det konkrete tilbud kan have på gennemsnitsforbrugeren, og uanset om tilbuddet i det konkrete tilfælde kan anses for at stride mod erhvervsmæssig diligenspligt og rimelig handelspraksis.«