

Hof van Justitie EU, 14 januari 2010,  
Wettbewerbzentrale v Plus

## Wettbewerbszentrale



### ONEERLIJKE HANDELSPRAKTIJKEN

#### Toepasselijkheid Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken

- ook bij ontbreken grensoverschrijdend element  
Voor de toepassing van richtlijn 2005/29 in het hoofdgeding is daarentegen, anders dan voor de toepassing van de verdragsbepalingen die aan de orde waren in de zaak die heeft geleid tot het reeds aangehaalde arrest Jägerskiöld, geen grensoverschrijdend element vereist. Volgens artikel 3, lid 1, is deze richtlijn immers van toepassing op alle oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten.

- Richtlijn van toepassing op elke handelspraktijk die rechtstreeks verband houdt met de verkoopbevordering, de verkoop of de levering van een product aan consumenten.

Vastgesteld moet worden dat reclamecampagnes zoals die welke in het hoofdgeding aan de orde zijn, waarbij de kosteloze deelneming van de consument aan een loterij afhankelijk wordt gesteld van de aankoop van een bepaalde hoeveelheid goederen of diensten, duidelijk deel uitmaken van de commerciële strategie van een ondernemer en rechtstreeks verband houden met de verkoopbevordering en de afzet van zijn producten. Bijgevolg vormen zij wel degelijk handelspraktijken in de zin van artikel 2, sub d, van richtlijn 2005/29 en vallen zij dus binnen de werkingssfeer van deze richtlijn (zie naar analogie, met betrekking tot gezamenlijke aanbiedingen, arrest VTB-VAB en Galatea, reeds aangehaald, punt 50).

[...]. 39 Zoals in punt 36 van het onderhavige arrest is opgemerkt, onderscheidt richtlijn 2005/29 zich door een bijzonder ruime materiële werkingssfeer, die zich uitstrekt tot elke handelspraktijk die rechtstreeks verband houdt met de verkoopbevordering, de verkoop of de levering van een product aan consumenten.

- Zoals blijkt uit punt 6 van de considerans van de richtlijn, zijn dus enkel nationale wetten betreffende oneerlijke handelspraktijken die „alleen” de economische belangen van concurrenten schaden of betrekking hebben op transacties tussen handelaars, van de werkingssfeer van deze richtlijn uitgesloten.

#### Volledige harmonisatie door richtlijn

- Zoals artikel 4 van de richtlijn uitdrukkelijk bepaalt, kunnen de lidstaten dus geen strengere maatregelen vaststellen dan die welke in de richtlijn zijn neergelegd, ook niet om een hoger niveau van consumentenbescherming tot stand te brengen (arrest VTB-VAB en Galatea, reeds aangehaald, punt 52).

#### Algemeen verbod op aankoopverplichting bij deelname aan kansspel in strijd met Richtlijn

- dat een wettelijke regeling zoals die welke in het hoofdgeding aan de orde is, die praktijken waarbij de deelneming van de consument aan een spel of een prijsvraag afhankelijk wordt gesteld van de aankoop van goederen of diensten, in beginsel verbiedt, niet aan de door richtlijn 2005/29 gestelde vereisten voldoet.

49 Vaststaat dat dergelijke praktijken, waarbij de aankoop van goederen of diensten wordt gekoppeld aan de deelneming van de consument aan een spel of een prijsvraag, niet worden genoemd in bijlage I bij deze richtlijn, die, zoals in punt 45 van het onderhavige arrest in herinnering is gebracht, een uitputtende opsomming bevat van de handelspraktijken die zonder individuele toetsing kunnen worden verboden.

50 Voorts druist een regeling als die welke in het hoofdgeding aan de orde is, in tegen artikel 4 van richtlijn 2005/29, dat de lidstaten uitdrukkelijk verbiedt, strengere nationale maatregelen vast te stellen of te behouden, zelfs wanneer deze maatregelen een hoger niveau van consumentenbescherming beogen te verzekeren.

Vindplaatsen: [curia.europa.eu](http://curia.europa.eu); BIE 2010, nr. 41, p. 199, m.nt. Nispen; IER 2010, nr. 42, p. 309, m.nt. Geerts

#### Hof van Justitie EU, 14 januari 2010,

(A. Tizzano, E. Levits, A. Borg Barthet, M. Ilešič en J.-J. Kasel)

ARREST VAN HET HOF (Eerste kamer)

14 januari 2010 (\*)

In zaak C-304/08,

betreffende een verzoek om een prejudiciële beslissing krachtens artikel 234 EG, ingediend door het Bundesgerichtshof (Duitsland) bij beslissing van 5 juni 2008, ingekomen bij het Hof op 9 juli 2008, in de procedure

Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs eV tegen

Plus Warenhandelsgesellschaft mbH,

wijst

HET HOF (Eerste kamer),

samengesteld als volgt: A. Tizzano (rapporteur), kamerpresident, waarnemend voor de president van de Eerste kamer, E. Levits, A. Borg Barthet, M. Ilešič en J.-J. Kasel, rechters, advocaat-generaal: V. Trstenjak, griffier: B. Fülöp, administrateur,

gezien de stukken en na de terechtzitting op 11 juni 2009,

gelet op de opmerkingen van:

- Centrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs eV, vertegenwoordigd door C. von Gierke, Rechtsadvocaat,
  - Plus Warenhandelsgesellschaft mbH, vertegenwoordigd door D. Mäder en C. Hunecke, Rechtsadvocaten,
  - de Duitse regering, vertegenwoordigd door M. Lumma en J. Kemper als gemachtigden,
  - de Belgische regering, vertegenwoordigd door T. Mäterne als gemachtigde,
  - de Tsjechische regering, vertegenwoordigd door M. Smolek als gemachtigde,
  - de Spaanse regering, vertegenwoordigd door F. Diez Moreno als gemachtigde,
  - de Italiaanse regering, vertegenwoordigd door G. Palmieri als gemachtigde, bijgestaan door F. Arena, avvocato dello Stato,
  - de Oostenrijkse regering, vertegenwoordigd door A. Hable als gemachtigde,
  - de Poolse regering, vertegenwoordigd door M. Dowgiewicz, K. Zawisza en M. Laszuk als gemachtigden,
  - de Portugese regering, vertegenwoordigd door L. Inez Fernandes, P. Mateus Calado en A. Barros als gemachtigden,
  - de Finse regering, vertegenwoordigd door A. Guimaraes-Purokoski als gemachtigde,
  - de Commissie van de Europese Gemeenschappen, vertegenwoordigd door F. Erlbacher en W. Wils als gemachtigden,
- gehoord de conclusie van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 3 september 2009,  
het navolgende

#### **Arrest**

1 Het verzoek om een prejudiciële beslissing betreft de uitlegging van artikel 5, lid 2, van richtlijn 2005/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 mei 2005 betreffende oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten op de interne markt en tot wijziging van richtlijn 84/450/EEG van de Raad, richtlijnen 97/7/EG, 98/27/EG en 2002/65/EG van het Europees Parlement en de Raad en van verordening (EG) nr. 2006/2004 van het Europees Parlement en de Raad („richtlijn oneerlijke handelspraktijken”) (PB L 149, blz. 22).

2 Dit verzoek is ingediend in een geding tussen Centrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs eV (Duitse vereniging ter bestrijding van oneerlijke mededinging; hierna: „Wettbewerbszentrale”) en Plus Warenhandelsgesellschaft mbH, een Duits detailhandelsbedrijf (hierna: „Plus”) betreffende een handelspraktijk van deze laatste die door Wettbewerbszentrale oneerlijk werd geacht.

#### **Toepasselijke bepalingen Gemeenschapsregeling**

3 De punten 6, 7 en 17 van de considerans van richtlijn 2005/29 luiden als volgt:

„(6) [...] de wetgeving van de lidstaten betreffende oneerlijke handelspraktijken, waaronder oneerlijke reclame, die de economische belangen van de consu-

*menten rechtstreeks en aldus de economische belangen van legitieme concurrenten onrechtstreeks schaden, [wordt] bij deze richtlijn geharmoniseerd. Overeenkomstig het evenredigheidsbeginsel beschermt deze richtlijn de consumenten tegen de gevolgen van oneerlijke handelspraktijken indien deze gevolgen substantieel zijn, maar erkent de richtlijn ook dat de gevolgen voor de consumenten in sommige gevallen verwaarloosbaar kunnen zijn. Deze richtlijn is niet van toepassing of van invloed op de nationale wetten betreffende oneerlijke handelspraktijken die alleen de economische belangen van concurrenten schaden; met volledige inachtneming van het subsidiariteitsbeginsel behouden de lidstaten de mogelijkheid dergelijke praktijken aan banden te leggen, overeenkomstig de communautaire wetgeving, indien zij zulks wensen. [...]*

*(7) Deze richtlijn betreft handelspraktijken die rechtstreeks verband houden met het beïnvloeden van beslissingen van de consument over transacties met betrekking tot producten. Deze richtlijn is niet van toepassing op handelspraktijken die hoofdzakelijk voor andere doeleinden bedoeld zijn, bijvoorbeeld commerciële communicatie gericht op beleggers, zoals jaarverslagen en promotiemateriaal over bedrijven. Deze richtlijn is niet van toepassing op wettelijke voorschriften in verband met smaak en fatsoen, die van lidstaat tot lidstaat sterk verschillen. Handelspraktijken zoals het op straat aanklappen van personen voor commerciële doeleinden kunnen in sommige lidstaten om culturele redenen niet gewenst zijn. De lidstaten moeten dan ook, overeenkomstig de communautaire regelgeving, handelspraktijken op hun grondgebied aan banden kunnen blijven leggen om redenen van smaak en fatsoen, ook indien die praktijken de keuzevrijheid van de consument niet beperken. Bij de toepassing van de richtlijn, met name van de algemene clausules, moet terdege rekening worden gehouden met de situatie per geval. [...]*

*(17) Met het oog op een grotere rechtszekerheid is het wenselijk te bepalen welke handelspraktijken in alle omstandigheden oneerlijk zijn. Bijlage I bevat daarom een uitputtende lijst van deze praktijken. Alleen deze handelspraktijken worden verondersteld oneerlijk te zijn zonder een individuele toetsing aan het bepaalde in de artikelen 5 tot en met 9. De lijst mag alleen worden aangepast door herziening van deze richtlijn.”*

4 Artikel 2 van richtlijn 2005/29 bepaalt:

„Voor de toepassing van deze richtlijn wordt verstaan onder: [...]

*d) handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten (hierna ‚de handelspraktijken’ genoemd): iedere handeling, omissie, gedraging, voorstelling van zaken of commerciële communicatie, met inbegrip van reclame en marketing, van een handelaar, die rechtstreeks verband houdt met de verkoopbevordering, verkoop of levering van een product aan consumenten; [...]*

5 Artikel 3, lid 1, van de richtlijn bepaalt:

„Deze richtlijn is van toepassing op oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten,

zoals omschreven in artikel 5, vóór, gedurende en na een commerciële transactie met betrekking tot een product.”

6 Artikel 4 van de richtlijn luidt als volgt:

„De lidstaten mogen geen beperkingen opleggen aan het vrij verrichten van diensten of aan het vrije verkeer van goederen om redenen die vallen binnen het bij deze richtlijn geharmoniseerde gebied.”

7 Artikel 5 van richtlijn 2005/29, „Verbod op oneerlijke handelspraktijken”, luidt als volgt:

„1. Oneerlijke handelspraktijken zijn verboden.

2. Een handelspraktijk is oneerlijk wanneer zij:

a) in strijd is met de vereisten van professionele toewijding, en

b) het economische gedrag van de gemiddelde consument die zij bereikt of op wie zij gericht is of, indien zij op een bepaalde groep consumenten gericht is, het economisch gedrag van het gemiddelde lid van deze groep, met betrekking tot het product wezenlijk verstoort of kan verstoren.

3. Een handelspraktijk die op voor de handelaar redelijkerwijs voorzienbare wijze het economische gedrag van slechts een duidelijk herkenbare groep consumenten wezenlijk verstoort of kan verstoren, namelijk van consumenten die wegens een mentale of lichamelijke handicap, hun leeftijd of goedgevolgigheid bijzonder vatbaar zijn voor die handelspraktijken of voor de onderliggende producten, wordt beoordeeld vanuit het gezichtspunt van het gemiddelde lid van die groep. Dit laat onverlet de gangbare, legitieme reclamepraktijk waarbij overdreven uitspraken worden gedaan of uitspraken die niet letterlijk dienen te worden genomen.

4. Meer in het bijzonder zijn handelspraktijken oneerlijk die:

a) misleidend zijn in de zin van de artikelen 6 en 7, of

b) agressief zijn in de zin van de artikelen 8 en 9.

5. Bijlage I bevat de lijst van handelspraktijken die onder alle omstandigheden als oneerlijk worden beschouwd. Deze lijst is van toepassing in alle lidstaten en mag alleen worden aangepast door wijziging van deze richtlijn.”

8 Ten slotte bepaalt artikel 19 van richtlijn 2005/29: „De lidstaten dragen zorg voor vaststelling en bekendmaking van de nodige wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen om vóór 12 juni 2007 aan deze richtlijn te voldoen. [...] Zij passen die bepalingen uiterlijk 12 december 2007 toe. [...]”

#### **Nationale regeling**

9 Het Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (Duitse wet inzake oneerlijke mededingingspraktijken, BGBI. 2004 I, blz. 1414; hierna: „UWG”) heeft volgens § 1 ervan tot doel, de concurrenten, de consument alsook de andere marktdeelnemers te beschermen tegen ongeoorloofde mededinging. Tegelijkertijd beschermt de wet het algemeen belang, dat gebaat is met een onvervalste mededinging. 10 § 3 UWG luidt als volgt:

„Oneerlijke gedragingen die de mededinging ten nadele van de concurrenten, de consument dan wel de overige marktdeelnemers in niet-onaanzienlijke mate kunnen beïnvloeden, zijn ontoelaatbaar.”

11 § 4 UWG bepaalt:

„Maakt zich in het bijzonder schuldig aan een oneerlijke handelsgedraging in de zin van § 3, degene die [...] 6. aan de deelneming van de consument aan een prijsvraag of spel de voorwaarde koppelt dat de consument een product koopt of gebruikmaakt van een dienst, tenzij de prijsvraag of het spel en het product of de dienst naar hun aard met elkaar verbonden zijn; [...]”

#### **Hoofdinging en prejudiciële vraag**

12 Uit de verwijzingsbeslissing blijkt dat Plus van 16 september tot 13 november 2004 een reclamecampagne voerde met de slogan „Ihre Millionenchance” („Uw kans om miljoenen te winnen”). In het kader daarvan werd het publiek uitgenodigd om in haar winkels producten te kopen teneinde punten te verzamelen. Vanaf 20 punten kon gratis worden deelgenomen aan de trekkingen van het Duitse Lottoblock (nationale vereniging van 16 loterijbedrijven) op 6 of 27 november 2004.

13 Aangezien Wettbewerbszentrale deze praktijk oneerlijk achtte in de zin van § 3 juncto § 4, punt 6, UWG, omdat de deelneming van de consument aan een spel afhankelijk werd gesteld van de aankoop van goederen, heeft zij het Landgericht Duisburg verzocht, Plus te gelasten deze praktijk stop te zetten.

14 Nadat Plus in eerste en tweede aanleg was veroordeeld, heeft zij bij het Bundesgerichtshof beroep tot „Revision” ingesteld.

15 In haar verwijzingsbeslissing uit deze rechterlijke instantie haar twijfels over de verenigbaarheid van deze nationale bepalingen met richtlijn 2005/29, voor zover deze bepalingen voorzien in een algemeen verbod van prijsvragen of spelen die gepaard gaan met een aankoopverplichting. Een dergelijke praktijk valt niet onder die welke in bijlage I bij deze richtlijn zijn opgesomd. Enkel die praktijken kunnen onder alle omstandigheden worden verboden, ongeacht of de belangen van de consument concreet worden bedreigd. Bovendien is volgens de verwijzende rechter niet uitgesloten dat het UWG de consument aldus een ruimere bescherming verleent dan de gemeenschapswetgever voor ogen had, ook al heeft deze richtlijn een volledige harmonisatie op het betrokken gebied doorgevoerd.

16 In zijn verwijzingsbeslissing wijdt het Bundesgerichtshof ook enkele beschouwingen aan de ontvankelijkheid van het prejudiciële verzoek.

17 Dienaangaande preciseert het dat richtlijn 2005/29 weliswaar nog niet in Duits recht is omgezet en dat overigens in dat verband geen wijziging of afschaffing van de in het hoofdinging aan de orde zijnde bepalingen van de UWG in zicht is, maar dat het niettemin overeenkomstig het arrest van 4 juli 2006, Adelenor e.a. (C-212/04, Jurispr. blz. I-6057), gehouden is het nationale recht conform richtlijn 2005/29 uit te leggen, dit sinds 12 december 2007, de uiterste datum waarop volgens artikel 19 van deze richtlijn de nationale uitvoeringsbepalingen dienden te worden toegepast.

18 Bovendien dateert de gelaakte reclame weliswaar nog van vóór de inwerkingtreding van richtlijn 2005/29, namelijk van 12 juni 2005, maar volgens de verwijzende rechter heeft de door Wettbewerbszentrale ingestelde vordering tot staking betrekking op toekomstige inbreuken, zodat het beroep tot „Revision” slechts

kan worden toegewezen indien de staking ook kan worden gevorderd op basis van het recht dat van kracht zal zijn op het ogenblik dat hij uitspraak zal doen.

19 In die omstandigheden heeft het Bundesgerichtshof de behandeling van de zaak geschorst en het Hof de hiernavolgende prejudiciële vraag gesteld:

„Moet artikel 5, lid 2, van richtlijn 2005/29 [...] aldus worden uitgelegd, dat dit voorschrift in de weg staat aan nationale regelgeving volgens welke een handelspraktijk waarbij aan de deelneming van de consument aan een prijsvraag of spel de voorwaarde is gekoppeld dat de consument een product koopt of gebruikmaakt van een dienst, in beginsel ontoelaatbaar is, zonder dat relevant is of de reclamepraktijk in het individuele geval nadelig is voor het belang van de consument?”

#### **Beantwoording van de prejudiciële vraag**

20 Met zijn vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of richtlijn 2005/29 aldus moet worden uitgelegd dat zij in de weg staat aan nationale regelgeving, zoals het UWG, die handelspraktijken waarbij de deelneming van de consument aan een prijsvraag of spel afhankelijk wordt gesteld van de aankoop van een goed of een dienst, in beginsel verbiedt, zonder rekening te houden met de specifieke omstandigheden van het concrete geval.

#### **Ontvankelijkheid**

21 De Spaanse regering betwist de ontvankelijkheid van het verzoek om een prejudiciële beslissing op grond dat richtlijn 2005/29 niet van toepassing is op een situatie als die van het hoofdgeding.

22 Volgens deze regering wordt de in het hoofdgeding aan de orde zijnde situatie, gelet op het feit dat het gaat om twee Duitse ondernemingen, hierdoor gekenmerkt dat alle elementen binnen één lidstaat zijn gelegen, zodat de bepalingen van richtlijn 2005/29 niet van toepassing zijn op het hoofdgeding (zie arrest van 21 oktober 1999, *Jägerskiöld*, C-97/98, Jurispr. blz. I-7319, punt 45). Subsidiair stelt de Spaanse regering in wezen dat richtlijn 2005/29 niet van toepassing is op het hoofdgeding omdat de feiten die tot dit geding hebben geleid, zich niet alleen vóór het verstrijken van de termijn ter uitvoering van deze richtlijn, maar zelfs vóór de vaststelling ervan hebben voorgedaan. Bijgevolg kan het Hof de verenigbaarheid van de Duitse wet met richtlijn 2005/29 niet beoordelen. Ten slotte beklemtoont deze regering dat deze richtlijn hoe dan ook niet beoogt, prijsvragen of loterijen die gekoppeld zijn aan de verkoop van goederen of diensten aan de consument te regelen, aangezien deze materie uitdrukkelijk werd geregeld door het voorstel voor een verordening COM(2001) 546 def. betreffende de verkoopbevordering, die in 2006 door de Commissie van de Europese Gemeenschappen is ingetrokken.

23 Deze argumenten kunnen evenwel niet worden aanvaard.

24 Dienaangaande zij om te beginnen eraan herinnerd dat het volgens vaste rechtspraak in het kader van de samenwerking tussen het Hof en de nationale rechterlijke instanties waarin artikel 234 EG voorziet, uitsluitend een zaak is van de nationale rechterlijke instanties waaraan het geschil is voorgelegd en die de

verantwoordelijkheid voor de te geven rechterlijke beslissing dragen, om, gelet op de bijzonderheden van elk geval, zowel de noodzaak van een prejudiciële beslissing voor het wijzen van hun vonnis te beoordelen, als de relevantie van de vragen die zij aan het Hof voorleggen. Wanneer de gestelde vragen betrekking hebben op de uitlegging van het gemeenschapsrecht, is het Hof derhalve in beginsel verplicht uitspraak te doen (zie met name arresten van 13 maart 2001, *PreussenElektra*, C-379/98, Jurispr. blz. I-2099, punt 38; 22 mei 2003, *Korhonen e.a.*, C-18/01, Jurispr. blz. I-5321, punt 19, en 19 april 2007, *Asemfo*, C-295/05, Jurispr. blz. I-2999, punt 30).

25 Hieruit volgt dat het vermoeden van relevantie dat op de prejudiciële vragen van nationale rechterlijke instanties rust, slechts in uitzonderingsgevallen kan worden opgeheven, met name wanneer duidelijk blijkt dat de gevraagde uitlegging van de in deze vragen genoemde bepalingen van gemeenschapsrecht geen verband houdt met een reëel geschil of met het voorwerp van het hoofdgeding (zie met name arresten van 15 december 1995, *Bosman*, C-415/93, Jurispr. blz. I-4921, punt 61, en 1 april 2008, *Regering van de Franse Gemeenschap en Waalse regering*, C-212/06, Jurispr. blz. I-1683, punt 29).

26 Dat blijkt in casu evenwel niet het geval te zijn.

27 Wat om te beginnen de verwijzing naar het reeds aangehaalde arrest *Jägerskiöld* betreft, op basis waarvan de Spaanse regering stelt dat de zaak die tot het onderhavige verzoek om een prejudiciële beslissing heeft geleid, geen communautaire dimensie heeft, kan worden volstaan met de vaststelling dat dat arrest betrekking heeft op de uitlegging van de bepalingen van het EG-Verdrag betreffende het vrij verrichten van diensten, die – zoals het Hof in punt 42 van dat arrest uitdrukkelijk in herinnering heeft gebracht – niet gelden voor activiteiten waarvan alle elementen binnen één enkele lidstaat gesitueerd zijn.

28 Voor de toepassing van richtlijn 2005/29 in het hoofdgeding is daarentegen, anders dan voor de toepassing van de verdragsbepalingen die aan de orde waren in de zaak die heeft geleid tot het reeds aangehaalde arrest *Jägerskiöld*, geen grensoverschrijdend element vereist. Volgens artikel 3, lid 1, is deze richtlijn immers van toepassing op alle oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten.

29 Wat vervolgens het argument betreft dat richtlijn 2005/29 niet op het hoofdgeding van toepassing is omdat de hieraan ten grondslag liggende feiten zich vóór de vaststelling van deze richtlijn hebben voorgedaan, dient te worden opgemerkt dat de rechterlijke instanties van de lidstaten zich volgens de rechtspraak van het Hof vanaf het tijdstip van inwerkingtreding van een richtlijn zo veel mogelijk dienen te onthouden van een uitlegging van het interne recht die na het verstrijken van de uitvoeringstermijn de verwezenlijking van de met deze richtlijn nagestreefde doelstelling ernstig in gevaar zou kunnen brengen (zie inzonderheid [arrest van 23 april 2009, \*VTB-VAB en Galatea\*, C-261/07 en C-299/07, Jurispr. blz. I-00000](#), punt 39 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

30 In casu gold een dergelijke onthoudingsplicht minstens op het ogenblik dat de verwijzingsbeslissing werd gewezen, namelijk op 5 juni 2008. Op die datum was niet alleen richtlijn 2005/29 in werking getreden, maar was ook de termijn voor de uitvoering ervan, die was vastgesteld op 12 december 2007, verstreken.

31 Voorts blijkt hoe dan ook uitdrukkelijk uit de verwijzingsbeslissing dat de uitkomst van het door Plus ingestelde beroep tot „Revision” afhangt van het antwoord op de vraag of de betrokken vordering tot staking kan worden ingesteld op grond van het recht dat van toepassing is op het – na de uitspraak van het onderhavige arrest vallende – tijdstip waarop uitspraak wordt gedaan op het hoofdeding, aangezien deze vordering ook betrekking heeft op toekomstige inbreuken.

32 In deze omstandigheden moet de door de verwijzende rechter gevraagde uitlegging van richtlijn 2005/29, zoals de advocaat-generaal in de punten 49 tot en met 57 van haar conclusie heeft opgemerkt, worden geacht voor hem van nut te zijn voor de beslechting van de bij hem aanhangig gemaakte zaak.

33 Wat ten slotte het argument betreft dat richtlijn 2005/29 geen betrekking heeft op de in het hoofdeding aan de orde zijnde verkoopbevorderende praktijken, aangezien deze uitdrukkelijk aan bod komen in een voorstel voor een verordening van de Commissie, kan worden volstaan met de vaststelling dat deze omstandigheid op zich niet kan uitsluiten dat dergelijke praktijken in de huidige stand van het gemeenschapsrecht oneerlijke handelspraktijken in de zin van deze richtlijn kunnen zijn en binnen de werkingssfeer ervan kunnen vallen, met name gelet op het feit dat dit voorstel in 2006 is ingetrokken en dus niet tot de vaststelling van een verordening heeft geleid.

34 Gelet op het bovenstaande moet het verzoek om een prejudiciële beslissing ontvankelijk worden geacht.

#### Ten gronde

35 Ter beantwoording van de gestelde vraag dient om te beginnen te worden bepaald of de in het hoofdeding verboden praktijken, waarbij de aankoop van goederen of diensten wordt gekoppeld aan de deelneming van de consument aan een spel of een prijsvraag, handelspraktijken in de zin van artikel 2, sub d, van richtlijn 2005/29 vormen en dus aan de voorschriften van deze richtlijn onderworpen zijn.

36 Dienaangaande zij opgemerkt dat artikel 2, sub d, van richtlijn 2005/29 het begrip handelspraktijk bijzonder ruim definieert als „iedere handeling, omissie, gedraging, voorstelling van zaken of commerciële communicatie, met inbegrip van reclame en marketing, van een handelaar, die rechtstreeks verband houdt met de verkoopbevordering, verkoop of levering van een product aan consumenten”.

37 Vastgesteld moet worden dat reclamecampagnes zoals die welke in het hoofdeding aan de orde zijn, waarbij de kosteloze deelneming van de consument aan een loterij afhankelijk wordt gesteld van de aankoop van een bepaalde hoeveelheid goederen of diensten, duidelijk deel uitmaken van de commerciële strategie van een ondernemer en rechtstreeks verband houden met de verkoopbevordering en de afzet van zijn pro-

ducten. Bijgevolg vormen zij wel degelijk handelspraktijken in de zin van artikel 2, sub d, van richtlijn 2005/29 en vallen zij dus binnen de werkingssfeer van deze richtlijn (zie naar analogie, met betrekking tot gezamenlijke aanbiedingen, [arrest VTB-VAB en Galatea](#), reeds aangehaald, punt 50).

38 Aan deze conclusie wordt niet afgedaan door het argument van de Tsjechische en de Oostenrijkse regering dat de in het hoofdeding aan de orde zijnde bepalingen van het UWG, anders dan die van richtlijn 2005/29, niet de bescherming van de consument, maar die van de concurrenten tegen oneerlijke handelspraktijken van bepaalde ondernemingen als hoofddoel hebben, zodat deze bepalingen niet binnen de werkingssfeer van deze richtlijn vallen.

39 Zoals in punt 36 van het onderhavige arrest is opgemerkt, onderscheidt richtlijn 2005/29 zich door een bijzonder ruime materiële werkingssfeer, die zich uitstrekt tot elke handelspraktijk die rechtstreeks verband houdt met de verkoopbevordering, de verkoop of de levering van een product aan consumenten. Zoals blijkt uit punt 6 van de considerans van de richtlijn, zijn dus enkel nationale wetten betreffende oneerlijke handelspraktijken die „alleen” de economische belangen van concurrenten schaden of betrekking hebben op transacties tussen handelaren, van de werkingssfeer van deze richtlijn uitgesloten.

40 Zoals de advocaat-generaal in de punten 65 en 66 van haar conclusie heeft opgemerkt, is dit duidelijk niet het geval voor de in het hoofdeding aan de orde zijnde nationale bepalingen, aangezien de §§ 1, 3 en 4 UWG uitdrukkelijk zien op de bescherming van de consument en niet alleen op die van de concurrenten en de overige marktdeelnemers.

41 Voorts brengt richtlijn 2005/29 op communautair niveau een volledige harmonisatie van de regels inzake oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten tot stand. Zoals artikel 4 van de richtlijn uitdrukkelijk bepaalt, kunnen de lidstaten dus geen strengere maatregelen vaststellen dan die welke in de richtlijn zijn neergelegd, ook niet om een hoger niveau van consumentenbescherming tot stand te brengen ([arrest VTB-VAB en Galatea](#), reeds aangehaald, [punt 52](#)).

42 Vervolgens verbiedt artikel 5 van richtlijn 2005/29 oneerlijke handelspraktijken en stelt het de criteria vast aan de hand waarvan kan worden bepaald of een praktijk oneerlijk is.

43 Zo is volgens lid 2 van dit artikel een handelspraktijk oneerlijk, wanneer zij in strijd is met de vereisten van professionele toewijding en het economische gedrag van de gemiddelde consument met betrekking tot het product wezenlijk verstoort of kan verstoren.

44 Voorts definieert artikel 5, lid 4, van richtlijn 2005/29 twee specifieke categorieën van oneerlijke handelspraktijken, te weten „misleidende praktijken” en „agressieve praktijken” die aan de criteria van de artikelen 6 en 7 respectievelijk de artikelen 8 en 9 van deze richtlijn beantwoorden. Volgens deze bepalingen zijn dergelijke praktijken met name verboden wanneer zij, hun kenmerken en feitelijke context in aanmerking

genomen, de gemiddelde consument ertoe brengen of kunnen brengen een besluit over een transactie te nemen dat hij anders niet had genomen.

45 Ten slotte bevat richtlijn 2005/29 in bijlage I een uitputtende lijst van 31 handelspraktijken die volgens artikel 5, lid 5, van deze richtlijn „onder alle omstandigheden” als oneerlijk worden beschouwd. Bijgevolg kunnen enkel deze handelspraktijken oneerlijk worden geacht zonder een individuele toetsing aan het bepaalde in de artikelen 5 tot en met 9 van de richtlijn, zoals uitdrukkelijk is gepreciseerd in punt 17 van de considerans van de richtlijn.

46 De door de verwijzende rechter gestelde vraag moet derhalve worden onderzocht aan de hand van de inhoud en de algemene opzet van de in de vorige punten genoemde bepalingen van richtlijn 2005/29.

47 In dit verband moet worden vastgesteld dat een wettelijke regeling zoals die welke in het hoofdgeding aan de orde is, die praktijken waarbij de deelneming van de consument aan een spel of een prijsvraag afhankelijk wordt gesteld van de aankoop van goederen of diensten, in beginsel verbiedt, niet aan de door richtlijn 2005/29 gestelde vereisten voldoet.

48 Om te beginnen verbiedt § 4, punt 6, UWG immers elke handelstransactie waarbij de aankoop van goederen of diensten wordt gekoppeld aan de deelneming van de consument aan een prijsvraag of spel. De enige uitzondering vormen handelstransacties waarbij het spel of de prijsvraag en het betrokken goed of de betrokken dienst naar hun aard met elkaar verbonden zijn. Met andere woorden, dit soort praktijken is algemeen verboden, zonder dat op basis van de feitelijke omstandigheden van elk geval dient te worden bepaald of de betrokken handelstransactie „oneerlijk” is volgens de criteria van de artikelen 5 tot en met 9 van richtlijn 2005/29.

49 Vaststaat dat dergelijke praktijken, waarbij de aankoop van goederen of diensten wordt gekoppeld aan de deelneming van de consument aan een spel of een prijsvraag, niet worden genoemd in bijlage I bij deze richtlijn, die, zoals in punt 45 van het onderhavige arrest in herinnering is gebracht, een uitputtende opsomming bevat van de handelspraktijken die zonder individuele toetsing kunnen worden verboden.

50 Voorts druist een regeling als die welke in het hoofdgeding aan de orde is, in tegen artikel 4 van richtlijn 2005/29, dat de lidstaten uitdrukkelijk verbiedt, strengere nationale maatregelen vast te stellen of te behouden, zelfs wanneer deze maatregelen een hoger niveau van consumentenbescherming beogen te verzekeren.

51 In deze omstandigheden dient te worden vastgesteld dat richtlijn 2005/29 zich verzet tegen een verbod van commerciële aanbiedingen waarbij de aankoop van goederen of diensten wordt gekoppeld aan de deelneming van de consument aan een prijsvraag of spel, zoals dit in de in het hoofdgeding aan de orde zijnde nationale regeling is neergelegd.

52 Aan deze conclusie wordt niet afgedaan door het feit dat § 4, punt 6, UWG voorziet in een uitzondering voor praktijken waarbij het spel of de prijsvraag en het be-

trokken product of de betrokken dienst naar hun aard met elkaar verbonden zijn.

53 Deze uitzondering kan weliswaar de draagwijdte van het in deze bepaling neergelegde verbod beperken, maar dat neemt niet weg dat zij beperkt is en vooraf is vastgesteld en dus niet in de plaats kan komen van de noodzakelijkerwijs op basis van de feitelijke context van elk geval te verrichten toetsing of een handelspraktijk „oneerlijk” is volgens de in de artikelen 5 tot en met 9 van de richtlijn geformuleerde criteria, wanneer het, zoals in het hoofdgeding, om een niet in bijlage I bij deze richtlijn genoemde praktijk gaat (zie [arrest VTB-VAB et Galatea, reeds aangehaald, punten 64 en 65](#)).

54 Gelet op het bovenstaande moet op de gestelde vraag worden geantwoord dat richtlijn 2005/29 aldus moet worden uitgelegd dat zij zich verzet tegen een nationale regeling als die welke in het hoofdgeding aan de orde is, die handelspraktijken waarbij de deelneming van de consument aan een prijsvraag of spel afhankelijk wordt gesteld van de aankoop van een goed of een dienst, in beginsel verbiedt, zonder rekening te houden met de specifieke omstandigheden van het concrete geval.

#### **Kosten**

55 Ten aanzien van de partijen in het hoofdgeding is de procedure als een aldaar gerezen incident te beschouwen, zodat de nationale rechterlijke instantie over de kosten heeft te beslissen. De door anderen wegens indiening van hun opmerkingen bij het Hof gemaakte kosten komen niet voor vergoeding in aanmerking.

Het Hof (Eerste kamer) verklaart voor recht:

Richtlijn 2005/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 mei 2005 betreffende oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten op de interne markt en tot wijziging van richtlijn 84/450/EEG van de Raad, richtlijnen 97/7/EG, 98/27/EG en 2002/65/EG van het Europees Parlement en de Raad en van verordening (EG) nr. 2006/2004 van het Europees Parlement en de Raad („richtlijn oneerlijke handelspraktijken”) moet aldus worden uitgelegd dat zij zich verzet tegen een nationale regeling als die welke in het hoofdgeding aan de orde is, die handelspraktijken waarbij de deelneming van de consument aan een prijsvraag of spel afhankelijk wordt gesteld van de aankoop van een goed of een dienst, in beginsel verbiedt, zonder rekening te houden met de specifieke omstandigheden van het concrete geval.

---

#### **Conclusie A-G V. Trstenjak**

van 3 september 2009 1(1)

Zaak C-304/08

Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs e. V.

tegen

Plus Warenhandelsgesellschaft mbH  
[verzoek van het Bundesgerichtshof (Duitsland) om een prejudiciële beslissing]

*„Ontvankelijkheid van prejudicieel verzoek – Ontvankelijkheid qua voorwerp – Relevantie – Gezamenlijke aanbiedingen – Richtlijn 2005/29/EG – Richtlijnconforme uitlegging – Harmonisatie – Bescherming van consument – Oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen – Nationale regeling volgens welke handelspraktijk waarbij aan deelneming van consument aan prijsvraag of spel voorwaarde is gekoppeld dat consument product koopt of gebruik maakt van dienst, in beginsel verboden is”*

Inhoud

I – Inleiding

II – Toepasselijke bepalingen

A – Gemeenschapsrecht

B – Nationaal recht

III – Feiten, hoofdgeding en prejudiciële vraag

IV – Procesverloop voor het Hof

V – Wezenlijke argumenten van partijen

VI – Beoordeling rechtens

A – Inleidende opmerkingen

B – Ontvankelijkheid van de prejudiciële vraag

1. Bevoegdheid van het Hof

2. Relevantie van de prejudiciële vraag

C – Onderzoek van de prejudiciële vraag

1. Het begrip „handelspraktijken” in artikel 2, sub d, van richtlijn 2005/29

2. Personele werkingsfeer van richtlijn 2005/29

3. Onderzoek van de structuur van beide regelingen

a) De voorschriften van richtlijn 2005/29

i) Volledige en maximale harmonisatie van de nationale regelingen als doel van de richtlijn

ii) Structuur van de voorschriften van richtlijn 2005/29

b) De voorschriften van het UWG

i) Vormgeving van het verbod in de §§ 3, en 4, lid 6, UWG

c) Verenigbaarheid van de litigieuze regeling met richtlijn 2005/29

i) Noodzaak van een richtlijnconforme uitlegging

ii) Toetsing aan het criterium van de richtlijnbeoordelingen – Artikel 5, leden 4 en 5, van richtlijn 2005/29

– Artikel 5, lid 2, van richtlijn 2005/29

4. Gevolgtrekkingen

VII – Conclusie

--

**I – Inleiding**

1. In de onderhavige prejudiciële procedure krachtens artikel 234 EG stelt het Bundesgerichtshof (hierna: „verwijzende rechter”) het Hof een vraag over de uitlegging van artikel 5, lid 2, van richtlijn 2005/29/EG betreffende oneerlijke handelspraktijken op de interne markt (hierna: „richtlijn 2005/29”).(2) Daarbij gaat het in wezen om de verenigbaarheid met het gemeenschapsrecht van een nationale regeling volgens welke een handelspraktijk waarbij aan de deelneming van de consument aan een prijsvraag of spel de voorwaarde is

gekoppeld dat de consument een product koopt of gebruik maakt van een dienst, in beginsel verboden is.

2. Aan het prejudiciële verzoek ligt een vordering van de Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs (hierna: „verzoekster in het hoofdgeding”) ten grondslag, waarbij deze de Einzelhandelskette Plus Warenhandelsgesellschaft mbH (hierna: „verweerster in het hoofdgeding”) heeft gedagvaard wegens het voeren van een mededingingsverstoringende bonusactie. Zij vordert staking van de actie en vergoeding van kosten.

**II – Toepasselijke bepalingen**

**A – Gemeenschapsrecht**

3. Artikel 2 van richtlijn 2005/29 bepaalt:

„Voor de toepassing van deze richtlijn wordt verstaan onder

[...]

d) „handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten” (hierna „de handelspraktijken” genoemd): iedere handeling, omissie, gedraging, voorstelling van zaken of commerciële communicatie, met inbegrip van reclame en marketing, van een handelaar, die rechtstreeks verband houdt met de verkoopbevordering, verkoop of levering van een product aan consumenten;

[...]”

4. Artikel 3, lid 1, van de richtlijn bepaalt:

„Deze richtlijn is van toepassing op oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten, zoals omschreven in artikel 5, vóór, gedurende en na een commerciële transactie met betrekking tot een product.”

5. Artikel 4 van de richtlijn luidt:

„De lidstaten mogen geen beperkingen opleggen aan het vrij verrichten van diensten of aan het vrije verkeer van goederen om redenen die vallen binnen het bij deze richtlijn geharmoniseerde gebied.”

6. Artikel 5 van de richtlijn, getiteld „Oneerlijke handelspraktijken”, bepaalt:

„1. Oneerlijke handelspraktijken zijn verboden.

2. Een handelspraktijk is oneerlijk wanneer zij:

a) in strijd is met de vereisten van professionele toewijding,

en

b) het economische gedrag van de gemiddelde consument die zij bereikt of op wie zij gericht is of, indien zij op een bepaalde groep consumenten gericht is, het economisch gedrag van het gemiddelde lid van deze groep, met betrekking tot het product wezenlijk verstoort of kan verstoren.

3. Een handelspraktijk die op voor de handelaar redelijkerwijs voorzienbare wijze het economische gedrag van slechts een duidelijk herkenbare groep consumenten wezenlijk verstoort of kan verstoren, namelijk van consumenten die wegens een mentale of lichamelijke handicap, hun leeftijd of goedgelovigheid bijzonder vatbaar zijn voor die handelspraktijken of voor de onderliggende producten, wordt beoordeeld vanuit het gezichtspunt van het gemiddelde lid van die groep. Dit laat onverlet de gangbare, legitieme reclamepraktijk waarbij overdreven uitspraken worden

gedaan of uitspraken die niet letterlijk dienen te worden genomen.

4. Meer in het bijzonder zijn handelspraktijken oneerlijk die:

- a) misleidend zijn in de zin van de artikelen 6 en 7, of
- b) agressief zijn in de zin van de artikelen 8 en 9.

5. Bijlage I bevat de lijst van handelspraktijken die onder alle omstandigheden als oneerlijk worden beschouwd. Deze lijst is van toepassing in alle lidstaten en mag alleen worden aangepast door wijziging van deze richtlijn.”

7. De koppeling van een prijsvraag en spel aan de verkoop van waren staat niet in bijlage I bij de richtlijn vermeld als een handelspraktijk die onder alle omstandigheden als oneerlijk geldt.

#### **B – Nationaal recht**

8. Het Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (Duitse mededingingswet) van 3 juli 2004(3), laatstelijk gewijzigd bij artikel 1 van de eerste wijzigingswet van 22 december 2008(4) (hierna: „UWG”), dient overeenkomstig § 1 de concurrentie, de consument alsook de andere marktdeelnemers te beschermen tegen ongeoorloofde mededinging. Tegelijkertijd beschermt de wet het algemeen belang bij een eerlijke concurrentie.

9. § 3 UWG (oude versie) bepaalt:

„Oneerlijke gedragingen die de mededinging ten nadele van de concurrentie, de consument dan wel de overige marktdeelnemers in niet-onaanzienlijke mate kunnen beïnvloeden, zijn ontoelaatbaar.”

10. Deze bepaling is bij de wetwijziging van december 2008 in § 3, lid 1, UWG (nieuwe versie) gehandhaafd. In verband met de omzetting van richtlijn 2005/29 zijn hieraan twee nieuwe leden toegevoegd. § 3 UWG (nieuwe versie) luidt thans derhalve:

„(1) Oneerlijke handelsgedragingen zijn ontoelaatbaar, wanneer zij voor de belangen van de concurrentie, de consument of de overige marktdeelnemers merkbaar nadelig kunnen zijn.

(2) Oneerlijke handelsgedragingen jegens consumenten zijn in elk geval ongeoorloofd, indien zij niet in overeenstemming zijn met de voor de ondernemer geldende professionele toewijding en het vermogen van de consument om een geïnformeerd besluit te nemen merkbaar kunnen beïnvloeden, waardoor hij tot een transactie besluit waartoe hij anders niet had besloten. Daarbij moet worden uitgegaan van de gemiddelde consument of, indien de handelsgedraging op een bepaalde groep consumenten gericht is, van het gemiddelde lid van deze groep. Van het gezichtspunt van het gemiddelde lid van een duidelijk herkenbare groep consumenten die wegens een mentale of lichamelijke handicap, hun leeftijd of goedgezindheid bijzonder bescherming behoeven, moet worden uitgegaan, indien voor de ondernemer voorzienbaar is dat zijn handelspraktijk alleen deze groep betreft.

(3) De in de bijlage bij deze wet vermelde handelspraktijken zijn jegens consumenten altijd ontoelaatbaar.”

11. § 4 UWG (oude versie), die na de wetwijziging van december 2008 in wezen geen verandering heeft ondergaan, bepaalt:

„Maakt zich in het bijzonder schuldig aan een oneerlijke handelsgedraging in de zin van § 3, degene die [...]

6. aan de deelneming van de consument aan een prijsvraag of spel de voorwaarde koppelt dat de consument een product koopt of gebruik maakt van een dienst, tenzij de prijsvraag of het spel en het product of de dienst naar hun aard met elkaar verbonden zijn; [...]

#### **III – Feiten, hoofdgeding en prejudiciële vraag**

12. Volgens de gegevens van de verwijzende rechter maakte verweerster in het hoofdgeding, die in Duitsland circa 2700 filialen exploiteert, tussen 16 september en 13 november 2004 met de slogan „kopen, punten verzamelen, gratis lotto spelen” reclame voor deelneming aan haar bonusactie „uw miljoenenkans”. De klant kon in voormeld tijdvak bonuspunten verzamelen; bij iedere aankoop ten bedrage van 5 EUR kreeg hij één bonuspunt. Vanaf 20 punten kon hij kosteloos deelnemen aan de trekkingen van het Duitse Lottoblock op 6 of 27 november 2004. Daartoe moest de klant op een in verweersters filialen beschikbare deelnemerskaart onder meer zijn bonuspunten plakken en zes lottogetallen naar keuze aankruisen. Verweerster in het hoofdgeding liet de deelnemerskaarten in haar filialen verzamelen en overhandigde ze aan een derde onderneming, die ervoor zorgde dat de klant met de door hem gekozen getallen aan de lottotrekking deelnam.

13. Op grond van § 4, lid 6, UWG was de Duitse Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs e. V. in Frankfurt am Main van mening dat deze bonusactie een ontoelaatbare combinatie van de afzet van waren met een spel was. Verweerster in het hoofdgeding is door het aangezochte Landgericht Duisburg conform de eis veroordeeld, en haar is verboden om voor mededingingsdoeleinden in een tot de eindverbruiker gerichte reclame of anderszins reclame te maken voor waren met de aankondiging van een spel in dier voege dat de klant bij de aanschaf van waren bonuspunten krijgt, waarmee hij vervolgens aan de trekkingen van de Duitse Lotto en Toto kan deelnemen.

14. Het hiertegen gerichte hoger beroep van verweerster in het hoofdgeding heeft de appelrechter (het Oberlandesgericht Düsseldorf) afgewezen met de verklaring dat, wanneer aan het tot verweerster gerichte verbod het woord „kosteloos” werd toegevoegd, dit verbod meer in overeenstemming zou zijn met de concrete inbreuk.

15. Met het door het Bundesgerichtshof, Eerste civiele kamer, toegestane beroep in Revision zet verweerster in het hoofdgeding haar vordering tot afwijzing van de eis door.

16. De verwijzende rechter heeft zijn twijfels over de verenigbaarheid van de nationale regeling van § 4, lid 6, UWG met richtlijn 2005/29. Daarom heeft hij de behandeling van de zaak geschorst en het Hof de volgende prejudiciële vraag gesteld:

„Moet artikel 5, lid 2, van richtlijn 2005/29/EG betreffende oneerlijke handelspraktijken aldus worden uitgelegd, dat dit voorschrift in de weg staat aan nationale regelgeving volgens welke een handelspraktijk waarbij aan de deelneming van de consument aan een prijsvraag of spel de voorwaarde is gekoppeld dat de consument een product koopt of gebruik maakt van een dienst, in beginsel ontoelaatbaar is, zonder dat relevant is of de reclamepraktijk in het individuele geval nadelig is voor het belang van de consument?”

#### **IV – Procesverloop voor het Hof**

17. De verwijzingsbeschikking van 5 juni 2008 is op 9 juli 2008 bij de griffie van het Hof ingeschreven.

18. Partijen in het hoofdgeding, de regering van de Bondsrepubliek Duitsland, de Republiek Finland, het Koninkrijk Spanje, de Portugese Republiek, de Republiek Polen, de Tsjechische Republiek, het Koninkrijk België en de Italiaanse Republiek, alsook de Commissie hebben opmerkingen ingediend binnen de in artikel 23 van het Statuut van het Hof van Justitie vermelde termijn.

19. Het Hof heeft bij wege van maatregel tot organisatie van de procesgang een vraag aan partijen gesteld die door hen is beantwoord.

20. In de mondelinge behandeling, die op 11 juni 2009 heeft plaatsgevonden, zijn de gemachtigden van verweerster in het hoofdgeding, de vertegenwoordigers van de regering van de Bondsrepubliek Duitsland, de Portugese Republiek, de Republiek Polen, de Tsjechische Republiek, de Italiaanse Republiek en de Republiek Oostenrijk, alsook de vertegenwoordiger van de Commissie gehoord.

#### **V – Wezenlijke argumenten van partijen**

21. De Spaanse en de Tsjechischeregering sluiten uit dat richtlijn 2005/29 op het hoofdgeding van toepassing is.

22. De Spaanse regering betwist om te beginnen de ontvankelijkheid van het prejudiciële verzoek, omdat volgens haar alle elementen van het hoofdgeding in de interne sfeer van één lidstaat liggen. Zij verwijst naar de rechtspraak van het Hof in het arrest Jägerskiöld.<sup>(5)</sup> Uit voorzorg beroept zij zich op de niet-toepasselijkheid van richtlijn 2005/29, met als argument dat de aan het nationale rechtsmiddel ten grondslag liggende feiten zich niet alleen vóór het einde van de termijn voor de omzetting van richtlijn 2005/29, maar zelfs vóór de vaststelling van deze richtlijn hebben voorgedaan. Nationale wettelijke bepalingen die niet uit de omzetting in nationaal recht voortvloeien en bovendien zelfs vóór de vaststelling van de litigieuze richtlijn zijn uitgevaardigd, zouden niet door het Hof kunnen worden uitgelegd. Verder verklaart de Spaanse regering dat er in het hoofdgeding geen concrete aanknopingspunten zijn voor het feit dat het economische gedrag van de gemiddelde consument wezenlijk kan worden verstoord.

23. De Tsjechische regering verklaart, dat de litigieuze nationale bepalingen, anders dan richtlijn 2005/29, niet de consument tegen oneerlijke handelspraktijken beogen te beschermen, maar de mededinging, en dat zij derhalve strekken tot bescherming van de individuele

concurrent tegen die praktijken. Bijgevolg zouden deze bepalingen niet onder de werkingsfeer van richtlijn 2005/29 vallen en de voorschriften ervan niet kunnen schenden.

24. Verzoekster in het hoofdgeding en de Finse, de Portugese, de Belgische, de Duitse en de Italiaanse regering zijn van mening dat richtlijn 2005/29 niet aan een verbod zoals vervat in het UWG in de weg staat.

25. Verweerster in het hoofdgeding voert aan dat het in § 4, lid 6, UWG geregelde koppelingsverbod in een individueel geval alleen van toepassing kan zijn, wanneer de handelspraktijk enerzijds overeenkomstig § 3 UWG de mededinging ten nadele van de concurrentie, de consument of de overige marktdeelnemers in niet-onaanzienlijke mate kan beïnvloeden en anderzijds het vermogen van de consument om een geïnformeerd besluit te nemen merkbaar kan beïnvloeden, waardoor de consument tot een transactie besluit waartoe hij anders niet had besloten. De verwijzende rechter zou de verenigbaarheid van § 4, lid 6, UWG met artikel 5, lid 2, van richtlijn 2005/29 ten onrechte twijfelachtig vinden.

26. De Finse regering wijst er om te beginnen op, dat een hoog niveau van consumentenbescherming een van de doeleinden van de richtlijn is. De richtlijn bevat algemene bepalingen die het mogelijk maken oneerlijke handelspraktijken te onderkennen en te verbieden, waarbij het aan de lidstaten vrijstaat nadere regelingen over verboden verkoopbevorderende maatregelen vast te stellen. De Finse regering is van mening dat een nationale regeling als die waarom het in casu gaat, het verbod van artikel 5, lid 1, van richtlijn 2005/29 concretiseert, zonder dat het de grenzen van het bepaalde in artikel 5, lid 2, overschrijdt. De nationale regeling is daarom met artikel 5, lid 2, in overeenstemming.

27. De Portugese regering wijst erop, dat bijlage I bij richtlijn 2005/29 de verschillende soorten handelspraktijken noemt, die onder alle omstandigheden als oneerlijk gelden, waarbij in punt 16 het „beweren dat producten het winnen bij kansspelen kunnen vergemakkelijken” wordt verboden. De Portugese regering lijkt echter uit te sluiten dat de litigieuze reclamecampagne een dergelijke handelspraktijk zou vormen, daar de enkele aankoop van een product of het gebruik maken van een dienst op zich niet reeds een winstkans biedt. De Portugese regering komt tot de conclusie dat de Duitse bepalingen, in het bijzonder de §§ 3 en 4, lid 6, UWG, in overeenstemming zijn met richtlijn 2005/29, aangezien de uit de samenhang van deze artikelen voortvloeiende verbodsbepalingen niet met artikel 5, lid 2, van deze richtlijn in strijd zijn.

28. De Belgische regering is van mening, dat het in § 4, lid 6, UWG vervatte verbod om een prijsvraag te koppelen aan de verkoop van waren niet onder de toepassing van richtlijn 2005/29 valt. Bovendien gaat het bij dergelijke bepalingen die gezamenlijke aanbiedingen verbieden, om een verkoopmodaliteit die overeenkomstig het arrest Keck en Mithouard<sup>(6)</sup> de intracommunautaire handel niet kan belemmeren. Enkel een tot de consument gerichte commerciële communicatie kan een oneerlijke handelspraktijk in de zin van artikel 5, lid 2, van richtlijn 2005/29 zijn. In dit geval is

het aan de nationale rechter om met inachtneming van de omstandigheden van het hem voorgelegde geval te beslissen of de bepalingen en criteria van richtlijn 2005/29 in acht zijn genomen.

29. Volgens de Duitse en de Italiaanse regering blijkt uit de formulering en de systematiek van richtlijn 2005/29 dat de lidstaten rechtmatig andere handelspraktijken dan die welke in bijlage I zijn genoemd, in het algemeen mogen verbieden, voor zover de betrokken handelwijze van de handelaar in het licht van de in artikel 5 vervatte criteria als oneerlijk moet worden beschouwd.

30. Wat in concreto de litigieuze handelspraktijk betreft, meent de Duitse regering dat de koppeling van de deelneming aan een prijsvraag of spel aan de aankoop van een product stellig een oneerlijke handelspraktijk is, die juist aan de daaraan gestelde vereisten voldoet. Bijgevolg is een regeling die een dergelijke vorm van koppeling in het algemeen verbiedt, verenigbaar met de strekking van richtlijn 2005/29.

31. In verband met het in punt 7 van de considerans van richtlijn 2005/29 vermelde vereiste om bij het verbod van bepaalde handelspraktijken met de daadwerkelijke situatie per geval rekening te houden, wijst de Italiaanse regering erop dat hieraan kan worden voldaan door de handelaar de mogelijkheid te bieden de rechtmatigheid van zijn handelwijze aan te tonen. Bijgevolg is het koppelingsverbod van § 4, lid 6, UWG volgens de Italiaanse regering in overeenstemming met de bepalingen van de richtlijn.

32. Verweerster in het hoofdgeding en de Commissie zijn daarentegen van mening dat een nationale regeling zoals die van § 4, lid 6, UWG, volgens welke een handelspraktijk waarbij aan de deelneming van de consument aan een prijsvraag of spel de voorwaarde is gekoppeld dat de consument een product koopt of gebruikt maakt van een dienst, in beginsel verboden is, zonder dat relevant is of de reclamepraktijk in het individuele geval nadelig is voor het belang van de consument, niet met de richtlijn verenigbaar is. Aangezien deze handelspraktijk niet voorkomt in de opsomming in bijlage I, kan zij alleen worden verboden wanneer zij op grond van de toetsing per geval in het licht van de in artikel 5, lid 2, van richtlijn 2005/29 genoemde criteria als oneerlijk moet worden aangemerkt.

33. Verweerster in het hoofdgeding voert aan dat het plan voor een algemeen verbod van deelneming aan kansspelen waaraan een verplichting om eerst een product te kopen was verbonden, reeds in het kader van het voorstel van de Commissie voor een verordening betreffende de verkoopbevordering in de interne markt was besproken, hetgeen aantoonde dat de gemeenschapswetgever zeer goed op de hoogte was van de problematiek. Wanneer de gemeenschapswetgever een dergelijk algemeen verbod in de richtlijn had willen opnemen, dan zou hij deze handelspraktijk uitdrukkelijk in bijlage I bij richtlijn 2005/29 hebben vermeld.

34. Volgens de Poolse regering hangt de verenigbaarheid van de litigieuze UWG-bepaling met richtlijn 2005/29 af van het doel van deze wet. Voor zover deze bepaling in de eerste plaats is gebaseerd op punt 5 van

de considerans van de richtlijn, wijst de Poolse regering erop dat de gemeenschapswetgever duidelijk een onderscheid heeft willen maken tussen de handelspraktijken die in de verhouding tussen de ondernemers en de consumenten ten nadele van deze laatste categorie uitpakken en die de richtlijn zou hebben willen regelen, en de handelspraktijken tussen ondernemingen die een nadelige invloed hebben op de economische belangen van de concurrenten, die weer niet onder de werkingssfeer van de richtlijn zouden vallen. Bijgevolg kan de verenigbaarheid met richtlijn 2005/29 van een nationale regeling die de bescherming van de concurrenten tot doel heeft, niet in twijfel worden getrokken.

35. De Oostenrijkse regering was, deels rekening houdend met het prejudiciële verzoek van het Oberste Gerichtshof (Oostenrijk) in de nog aanhangige zaak C-540/08 (Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag), in het kader van de mondelinge behandeling van mening dat richtlijn 2005/29 in de eerste plaats beleidsdoeleinden van bescherming van de consument beoogt en derhalve niet geldt voor nationale regelingen die de bescherming van de belangen van concurrenten tot doel hebben. Deze laatste worden volgens haar door richtlijn 2005/29 niet geraakt. De Oostenrijkse regering baseert zich daarbij in het bijzonder op punt 8 van de considerans van de richtlijn, maar ook op het voorstel van de Commissie voor een verordening betreffende de verkoopbevordering in de interne markt. Uit voorzorg heeft zij het Hof verzocht, voor het geval het richtlijn 2005/29 toch van toepassing zou achten, tegelijkertijd vast te stellen dat deze richtlijn niet aan een nationale regeling in de zin van de §§ 3, 4, lid 6, UWG in de weg staat.

## **VI – Beoordeling rechtens**

### **A – Inleidende opmerkingen**

36. De onderhavige zaak biedt het Hof de mogelijkheid, zijn rechtspraak over de vraag of bepalingen van lidstaten die gezamenlijke aanbiedingen verbieden, verenigbaar zijn met het gemeenschapsrecht, verder te ontwikkelen. Nuttige aanwijzingen voor de beantwoording van de prejudiciële vraag kunnen worden ontleend aan het op 23 april 2009 gewezen arrest in de gevoegde zaken C-261/07 (VTB-VAB) en C-299/07 (Galatea)(7), waarbij het Hof eveneens is verzocht om uitlegging van richtlijn 2005/29. Evenals in die zaken rijst in casu de vraag, of en in hoeverre de lidstaten, gelet op de gemeenschapsrechtelijke harmonisatie van een deel van de voorschriften inzake oneerlijke handelspraktijken door richtlijn 2005/29, nog een bevoegdheid hebben tot vaststelling van regelgeving waarbij gezamenlijke aanbiedingen in beginsel worden verboden, zonder dat een toetsing per individueel geval van de betrokken handelspraktijk beslissend is.

37. Zoals ik reeds in mijn conclusie van 21 oktober 2008 in bovengenoemde zaak heb uiteengezet(8), strekt richtlijn 2005/29 van het Europees Parlement en de Raad van 11 mei 2005 tot invoering van een uniform regelgevend kader inzake oneerlijke handelspraktijken jegens de consument. Blijkens punt 5 van de considerans van de richtlijn moet dit doel worden bereikt door

de belemmeringen op de interne markt weg te nemen via een harmonisatie van de regelingen inzake oneerlijke mededinging in de lidstaten van de Gemeenschap.(9) Deze richtlijn heeft dus een volledige gemeenschapsrechtelijke harmonisatie van de regelingen op dit gebied tot doel.(10)

38. Richtlijn 2005/29 is volgens artikel 20 reeds op de dag na de bekendmaking ervan in het Publicatieblad van de Europese Unie, derhalve op 12 juni 2005, in werking getreden. Overeenkomstig artikel 19, lid 1, waren de lidstaten verplicht ze vóór 12 juni 2007 door vaststelling van de nodige wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen in nationaal recht om te zetten, met weliswaar nog een verdere overgangstermijn van zes jaar voor bepaalde strengere nationale regelingen. Deze wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen moesten echter eerst vanaf 12 december 2007 worden toegepast.

39. De Bondsrepubliek Duitsland is deze omzettingsverplichting formeel nagekomen door de vaststelling van de eerste wet tot wijziging van het UWG van 22 december 2008, die op 30 december 2008 in werking is getreden.(11) De litigieuze bepaling in § 4, lid 6, UWG is weliswaar niet vastgesteld ter uitvoering van richtlijn 2005/29, maar dateert van een eerdere nationale regeling. In zijn prejudicieel verzoek uit de verwijzende rechter zijn twijfels over de verenigbaarheid van deze bepaling met het gemeenschapsrecht. Zoals het zich volgens de verwijzende rechter op grond van de hem ter beschikking staande wetgeving laat aanzien (12), is in het kader van de omzetting van richtlijn 2005/29 in het nationale recht § 4, lid 6, UWG niet gewijzigd of geschrapt.

## **B – Ontvankelijkheid van de prejudiciële vraag**

### **1. Bevoegdheid van het Hof**

40. De Spaanse regering baseert haar exceptie van niet-ontvankelijkheid in de eerste plaats op het feit dat de prejudiciële vraag geen communautaire dimensie zou hebben. Zij beroept zich daarbij op punt 45 van het arrest Jägerskiöld(13), waarin wordt overwogen dat „de verdragsbepalingen inzake het vrij verrichten van diensten niet van toepassing zijn op een situatie zoals die in het hoofdgeding aan de orde is, waarvan alle elementen in de interne sfeer van één lidstaat liggen”. Voor zover de Spaanse regering hiermee aangeeft dat de feiten geen grensoverschrijdende aspecten hebben, moet dit argument procesrechtelijk aldus worden opgevat dat hiermee in wezen de bevoegdheid van het Hof wordt bestreden.

41. Om te beginnen moet worden vastgesteld dat de prejudiciële vraag die in voornoemd arrest aan de orde was, uitsluitend de uitlegging van de primairrechtelijke bepalingen inzake het vrije verkeer van goederen en het vrij verrichten van diensten betrof. Een grensoverschrijdend aspect is inderdaad een voorwaarde voor de toepassing van die bepalingen.(14) In de onderhavige zaak wordt het Hof echter verzocht om uitlegging van een richtlijn als handeling van secundair gemeenschapsrecht in de zin van artikel 249, derde alinea, EG. Op dit punt verschillen beide zaken reeds.

42. Afgezien hiervan, is het in het kader van de samenwerking tussen het Hof van Justitie en de nationale

rechterlijke instanties waarin artikel 234 EG voorziet, uitsluitend een zaak van de nationale rechter aan wie het geschil is voorgelegd en die de verantwoordelijkheid draagt voor de te geven rechterlijke beslissing, omgelet op de bijzonderheden van het aan hem voorgelegde geval, zowel de noodzaak van een prejudiciële beslissing voor het doen van zijn uitspraak te beoordelen, als de relevantie van de vragen die hij aan het Hof voorlegt.(15)

43. Wanneer de door de nationale rechter gestelde vragen betrekking hebben op de uitlegging van het gemeenschapsrecht, is het Hof derhalve in beginsel verplicht uitspraak te doen(16), tenzij duidelijk blijkt dat hij in werkelijkheid genoodzaakt wordt uitspraak te doen over een kunstmatig geschil of rechtsgeleerde adviezen over algemene of hypothetische vraagstukken te formuleren, dan wel wanneer de verlangde uitlegging van het gemeenschapsrecht geen verband houdt met een reëel geschil of met het voorwerp van het hoofdgeding of het Hof niet beschikt over de gegevens, feitelijk en rechtens, die voor hem noodzakelijk zijn om een nuttig antwoord te geven op de gestelde vragen.(17)

44. Tegen het argument van de Spaanse regering moet derhalve worden ingebracht dat het bij de beoordeling of er sprake is van een feitelijke toedracht die als „puur intern” moet worden beschouwd, niet gaat om de ontvankelijkheid van de prejudiciële vraag, maar om een vraag van uitlegging van het gemeenschapsrecht.(18) Bovendien moet eraan worden herinnerd dat het Hof zijn bevoegdheid ook heeft gefundeerd op het kennelijke belang dat de Gemeenschap erbij heeft dat ter vermindering van uiteenlopende uitleggingen in de toekomst iedere bepaling van het gemeenschapsrecht op eenvormige wijze wordt uitgelegd, ongeacht de omstandigheden waaronder zij toepassing moet vinden.(19)

45. Bijgevolg faalt het argument van de Spaanse regering.

### **2. Relevantie van de prejudiciële vraag**

46. Het door de Spaanse regering ingeroepen argument van de niet-toepasselijkheid van richtlijn 2005/29 op het onderhavige geval, moet procesrechtelijk worden opgevat als een betwisting van de relevantie van de prejudiciële vraag voor de beslissing in het hoofdgeding.

47. Zoals hierboven reeds is uiteengezet, kan het vermoeden van relevantie dat op de prejudiciële vragen van nationale rechterlijke instanties rust, slechts in uitzonderingsgevallen worden opgeheven, namelijk wanneer duidelijk blijkt dat de gevraagde uitlegging van de in die vragen genoemde bepalingen van gemeenschapsrecht geen verband houdt met een reëel geschil of met het voorwerp van het hoofdgeding.(20)

48. In het onderhavige geval is de prejudiciële vraag niet duidelijk irrelevant voor de door de verwijzende rechter te nemen beslissing, aangezien, zoals de verwijzingsbeschikking uitgebreid uiteenzet, de uitkomst van het beroep in Revision, voor zover het gaat om de veroordeling van verweerster om haar handelen te staken, afhankelijk is van de vraag of de regeling van de §§ 3 en 4, lid 6, UWG verenigbaar is met richtlijn

2005/29.(21) Indien dit het geval is, moet de verwijzende rechter het beroep in Revision verwerpen. Mocht het in § 4, lid 6, UWG neergelegde verbod op een aan de verkoop van waren gekoppelde prijsvraag of spel daarentegen verder gaan dan de in de richtlijn vastgelegde maximumbescherming, moet het beroep, voor zover verzoekster een staken van verweersters handelen vordert, door de verwijzende rechter worden verworpen en het bestreden arrest worden vernietigd.

49. Voor de vraag van de toepasselijkheid van richtlijn 2005/29 op het hoofdgeding – voor zover dit voor de toetsing van de ontvankelijkheid van de prejudiciële vraag relevant is – acht ik het bezwaar van de Spaanse regering, dat de gebeurtenissen die aanleiding waren tot het hoofdgeding, zich vóór de inwerkingtreding en zelfs nog vóór de vaststelling van richtlijn 2005/29 hebben voorgedaan, irrelevant. Zoals de verwijzende rechter in zijn verwijzingsbeschikking verklaart(22), is de vordering van verzoekster in het hoofdgeding, die zij tegen verweester in eerste instantie heeft ingediend, immers in elk geval gericht op het voorkomen van toekomstig onrechtmatig handelen. Indien de overwegingen van de verwijzende rechter over het toepasselijke nationale recht op juiste wijze worden uitgelegd, heeft de vordering bijgevolg tot op heden rechtsgevolgen voor de betrokken verweester. Gelet op de voortdurende werking van deze vordering(23) blijkt het probleem van de verenigbaarheid van een regeling als § 4, lid 6, UWG met richtlijn 2005/29 nog steeds actueel en van belang te zijn voor partijen in het hoofdgeding en voor de verwijzende rechter die hierin uitspraak moet doen.

50. Dit probleem is des te relevanter, nu op de datum van de verwijzingsbeschikking van 5 juni 2008 zowel de omzettingstermijn – op 12 juni 2007 – als de termijn waarbinnen de uitvoeringsbepalingen uiterlijk van toepassing moesten zijn – op 12 december 2007 – al lang verstreken waren. Op dat tijdstip was het nationale recht niet aangepast, en niets wees erop dat de Duitse wetgever overwoog het principiële verbod van gezamenlijke aanbiedingen in § 4, lid 6, UWG af te schaffen. Blijkens de verwijzingsbeschikking was ook de verwijzende rechter zich hiervan bewust.

51. Indien niet kan worden uitgesloten dat § 4, lid 6, UWG onverenigbaar is met richtlijn 2005/29, zou de nationale rechter, in zijn hoedanigheid van functionele gemeenschapsrechter, gezien het feit dat nationale mededingingsrechtelijke vorderingen tot staking op toekomstig onrechtmatig handelen betrekking hebben, desnoods gehouden zijn de betrokken nationale bepalingen nog vóór het verstrijken van de omzettingstermijn buiten toepassing te laten. Dat volgt uit de voorrang van het gemeenschapsrecht boven het nationale recht(24), en in het bijzonder uit de in de rechtspraak van het Hof bevestigde verplichting van de lidstaten krachtens de artikelen 10, tweede alinea, EG en 249, derde alinea, EG, om alle maatregelen te nemen die vereist zijn om het door de betrokken richtlijn voorgeschreven doel te verwezenlijken.

52. Zoals ik ook in mijn conclusie in de gevoegde zaken C-261/07 (VTB-VAB) en C-299/07 (Galatea)

heb aangegeven(25), hangt de verplichting zich te onthouden van alles wat ertoe kan leiden dat de doelstelling van een richtlijn niet wordt verwezenlijkt, daar eveneens mee samen. Volgens de rechtspraak van het Hof volgt uit voornoemde bepalingen van het Verdrag, gelezen in samenhang met de betrokken richtlijn, dat de lidstaten tot welke de richtlijn is gericht zich tijdens de termijn voor uitvoering daarvan dienen te onthouden van maatregelen die de verwezenlijking van het door de richtlijn voorgeschreven resultaat ernstig in gevaar zouden kunnen brengen.(26) Deze verplichting om niet te doen, geldt voor alle met overheidsgezag beklede instanties in de lidstaten, met inbegrip van de rechterlijke instanties binnen het kader van hun bevoegdheid.(27) Deze moeten in voorkomend geval nagaan of nationale rechtsinstrumenten die vóór het verstrijken van de uitvoeringstermijn zijn vastgesteld, de verwezenlijking van het door de richtlijn voorgeschreven resultaat niet in gevaar brengen.(28)

53. Dienovereenkomstig heeft het Hof in het arrest Adeneler(29) geoordeeld, dat de rechterlijke instanties van de lidstaten zich vanaf het tijdstip van inwerkingtreding van een richtlijn zoveel mogelijk dienen te onthouden van een uitlegging van het interne recht die, na het verstrijken van de omzettingstermijn, de verwezenlijking van de met deze richtlijn nagestreefde doelstelling ernstig in gevaar zou kunnen brengen.

54. Bovendien moet er rekening mee worden gehouden dat volgens de rechtspraak van het Hof niet alleen de nationale bepalingen die uitdrukkelijk tot uitvoering van een richtlijn strekken, kunnen worden geacht binnen de werkingssfeer van deze richtlijn te vallen, maar vanaf de datum van inwerkingtreding van de betrokken richtlijn eveneens de reeds bestaande nationale bepalingen waarmee kan worden verzekerd dat het nationale recht in overeenstemming is met de richtlijn.(30) Daartoe behoren in het onderhavige geval ook de vóór de inwerkingtreding van richtlijn 2005/29 bestaande UWG-bepalingen, waaronder ook de regeling in de §§ 3 en 4, lid 6, UWG.

55. Mocht de nationale rechter derhalve de verdenking koesteren dat een nationale wettelijke regeling het doel van een eerlang om te zetten richtlijn na het verstrijken van de uitvoeringstermijn zou kunnen vrijdelen(31), dan moet hij reeds gedurende de omzettingstermijn de vereiste maatregelen nemen die het mogelijk maken om het in de richtlijn voorgeschreven resultaat te verwezenlijken.

56. Bijgevolg waren de Duitse rechters, aangezien de vordering tot staking op toekomstig onrechtmatig handelen betrekking heeft, vanaf het tijdstip van de inwerkingtreding van richtlijn 2005/29 bevoegd de verenigbaarheid van § 4, lid 6, UWG met de richtlijn te toetsen en in geval van twijfel het Hof hierover een prejudiciële vraag inzake de uitlegging van richtlijn 2005/29 krachtens artikel 234, eerste alinea, sub b, EG te stellen.

57. Gelet op al deze overwegingen kan niet worden ontkend dat de prejudiciële vraag relevant is. Derhalve moet het verzoek om een prejudiciële beslissing als ontvankelijk worden beschouwd.

### C – Onderzoek van de prejudiciële vraag

58. In het kader van een procedure krachtens artikel 234 EG is het Hof niet bevoegd over de verenigbaarheid van een nationale maatregel met het gemeenschapsrecht te oordelen. Het Hof is wel bevoegd de nationale rechter alle uitleggingsgegevens betreffende het gemeenschapsrecht te verschaffen welke die rechter in staat kunnen stellen die verenigbaarheid te beoordelen met het oog op het vonnis in de voor hem aanhangige zaak.(32)

59. De prejudiciële vraag strekt ertoe te laten vaststellen of richtlijn 2005/29 in de weg staat aan een nationale bepaling als § 4, lid 6, UWG. Daartoe moet in de eerste plaats worden onderzocht of deze bepaling qua onderwerp binnen de materiële en personele werkingssfeer van richtlijn 2005/29 valt. Vervolgens moet worden nagegaan of richtlijn 2005/29 aldus moet worden uitgelegd dat een verbod van de litigieuze handelspraktijk zoals vervat in de §§ 3 en 4, lid 6, UWG ermee in overeenstemming is.

#### 1. Het begrip „handelspraktijken” in artikel 2, sub d, van richtlijn 2005/29

60. De regeling in § 4, lid 6, UWG juncto § 3 UWG verbiedt een handelaar de deelneming aan een prijsvraag of spel te koppelen aan de voorwaarde dat de consument een product koopt of gebruik maakt van een dienst, tenzij prijsvragen of spelen naar hun aard met het product of de dienst zijn verbonden. Met andere woorden, zij verbiedt de combinatie van twee aparte producten of diensten met het oogmerk de verkoop te bevorderen en moet derhalve worden aangemerkt als een principieel verbod op gezamenlijke aanbiedingen.(33)

61. Zoals ik in mijn conclusie in de gevoegde zaken C-261/07 (VTB-VAB) en C-299/07 (Galatea) uitgebreid heb uiteengezet(34) en het Hof in het arrest heeft bevestigd(35), vormen gezamenlijke aanbiedingen commerciële handelingen die duidelijk deel uitmaken van het marketingbeleid van een ondernemer en rechtstreeks verband houden met de verkoopbevordering en de afzet.

62. Zij vormen derhalve handelspraktijken in de zin van artikel 2, sub d, van richtlijn 2005/29 en vallen dus binnen de materiële werkingssfeer hiervan.

#### 2. Personele werkingssfeer van richtlijn 2005/29

63. Of de litigieuze nationale regeling in § 4, lid 6, UWG onder de personele werkingssfeer van de richtlijn valt, hangt, zoals de Poolse regering terecht opmerkt, ervan af of deze regeling, zoals de richtlijn zelf, de consument beoogt te beschermen.

64. De richtlijn regelt namelijk alleen de b2c (business-to-consumer) sector, dat wil zeggen de verhouding tussen de handelaar en de consument. Deze context wordt in het bijzonder benadrukt in punt 8 van de considerans, volgens welke de richtlijn alleen de economische belangen van de consument op rechtstreekse wijze beschermt.(36) Dit betekent echter niet dat de economische belangen van rechtmatig handelende concurrenten minder beschermenswaardig worden geacht, zoals ook uit punt 6 en vooral uit punt 8 van de considerans van richtlijn 2005/29 blijkt.(37)

65. Anders dan bij de Tsjechische regering staat bij mij buiten kijf(38) dat de strekking van de § 4, lid 6, UWG de bescherming van de consument is.

66. Om te beginnen verklaart § 1 UWG uitdrukkelijk dat deze wet behalve ter bescherming van de concurrent en de andere marktdeelnemers ook ter bescherming van de consument tegen oneerlijke mededinging dient.(39) In de tweede plaats pleiten zowel de ontstaansgeschiedenis als ook de strekking van § 4, lid 6, UWG ervoor om deze bepaling aldus op te vatten. Deze nationale regeling codificeert namelijk de tot dat tijdstip geldende rechtspraak van het Bundesgerichtshof(40) inzake § 1 UWG (oude versie), volgens welke het in strijd met de mededinging was om aan de deelneming aan een prijsvraag of spel de voorwaarde te koppelen van het kopen van een product of het gebruikmaken van een dienst. Blijkens de voorbereidende stukken van de wet(41) beoogt de wetgever met de regeling de consument ertegen te beschermen dat door uitbuiting van zijn goklust zijn beslissingsvrijheid op onevenredige wijze wordt aangetast. Hieraan ligt de overweging ten grondslag dat door de deelneming aan een spel en de verkoop van een product aan elkaar te koppelen, ook een verstandige gemiddelde consument bij zijn beslissing tot koop zo sterk beïnvloed kan worden, dat deze beslissing niet meer volgens rationele overwegingen geschiedt, maar wordt bepaald door het najagen van de uitgelofde prijs. Dit is ook de eensgezinde mening van de doctrine.(42)

67. Bijgevolg valt deze nationale regeling ook onder de personele werkingssfeer van richtlijn 2005/29.

#### 3. Onderzoek van de structuur van beide regelingen

68. Om te kunnen vaststellen of richtlijn 2005/29 in de weg staat aan een nationale bepaling zoals § 4, lid 6, UWG, dienen beide regelingen op het punt van hun normatieve doelstelling en hun structuur te worden onderzocht om daarna met elkaar te worden vergeleken.

##### a) De voorschriften van richtlijn 2005/29

##### i) Volledige en maximale harmonisatie van de nationale regelingen als doel van de richtlijn

69. Zoals reeds uiteengezet(43), beoogt richtlijn 2005/29 een volledige harmonisatie van de nationale voorschriften van de lidstaten inzake oneerlijke handelspraktijken. Anders dan tot nog toe het geval was bij de specifieke sectorielle rechtsinstrumenten tot harmonisatie van de regels inzake consumentenbescherming, wordt geen minimumharmonisatie nagestreefd, maar een maximale harmonisatie van de nationale voorschriften, die er, behoudens enkele uitzonderingen, aan in de weg staat dat de lidstaten strengere regelingen handhaven of invoeren, en wel ongeacht of daarmee wordt beoogd een hoger niveau van consumentenbescherming te verwezenlijken.(44) Dit blijkt zowel uit de considerans als uit de algemene bepalingen van deze richtlijn.

70. Dit volgt enerzijds uit punt 11 van de considerans, volgens hetwelk de onderlinge afstemming van de nationale bepalingen door deze richtlijn een hoog gemeenschappelijk niveau van consumentenbescherming dient te verwezenlijken. Anderzijds wordt in punt 12

van de considerans vermeld dat consumenten en ondernemingen zich zullen kunnen verlaten op één regelgevend kader op basis van duidelijk omschreven rechtsbegrippen, dat alle aspecten van oneerlijke handelspraktijken in de gehele Europese Unie regelt. Artikel 1 van de richtlijn 2005/29 verwijst opnieuw naar de methode van harmonisatie en stelt vast dat deze dient bij te dragen aan het verbeteren van de consumentenbescherming en het vervolmaken van de goede werking van de interne markt.

71. Het doel van een omvattende en maximale regeling op gemeenschapsniveau van het binnen de werkingssfeer van de richtlijn vallende gebied, blijkt duidelijk uit de punten 14 en 15 van de considerans, waarin uitdrukkelijk sprake is van een volledige harmonisatie. Dit volgt eveneens uit de in artikel 4 van richtlijn 2005/29 neergelegde „internemarktclausule”, volgens welke de lidstaten geen beperkingen aan het vrij verrichten van diensten of aan het vrije verkeer van goederen mogen opleggen om redenen die vallen binnen het bij deze richtlijn geharmoniseerde gebied.

72. Een uitzondering hierop is vastgesteld in artikel 3, lid 5, van richtlijn 2005/29, volgens hetwelk de lidstaten gedurende een periode van zes jaar, te rekenen vanaf 12 juni 2007, op het bij deze richtlijn geharmoniseerde gebied nationale bepalingen kunnen blijven toepassen die strenger of restrictiever zijn dan de bepalingen van deze richtlijn. Deze uitzondering is evenwel beperkt tot nationale regelingen die uitvoering geven aan richtlijnen die clausules voor minimale harmonisatie bevatten.(45) Ten slotte voorziet artikel 3, lid 9, nog in een uitzondering op de volledige harmonisatie in verband met financiële diensten in de zin van richtlijn 2002/65/EG en onroerend goed.

## **ii) Structuur van de voorschriften van richtlijn 2005/29**

73. Het in artikel 5, lid 1, van richtlijn 2005/29 neergelegde algemene verbod op oneerlijke handelspraktijken vormt de kern van deze richtlijn. Wat concreet als „oneerlijk” moet worden aangemerkt, wordt verduidelijkt in artikel 5, lid 2. Volgens deze bepaling is een handelspraktijk oneerlijk indien zij enerzijds in strijd is met de vereisten van „professionele toewijding” en anderzijds het economische gedrag van de consument „wezenlijk kan verstoren”. Volgens lid 4 zijn met name misleidende (artikelen 6 en 7) of agressieve handelspraktijken (artikelen 8 en 9) oneerlijk. Lid 5 verwijst naar bijlage I en de daarin vermelde handelspraktijken die „onder alle omstandigheden als oneerlijk worden beschouwd”. Deze lijst is op dezelfde wijze van toepassing in alle lidstaten en mag alleen worden aangepast door wijziging van deze richtlijn.

74. Daaruit volgt dat de nationale rechterlijke en bestuurlijke instanties bij de toepassing van het recht in de eerste plaats moeten uitgaan van de in bijlage I neergelegde opsomming van 31 gevallen van oneerlijke handelspraktijken. Indien een handelspraktijk aan één van deze gevallen beantwoordt, moet zij worden verboden. Een extra onderzoek, bijvoorbeeld van de gevolgen, is niet vereist. Indien de concrete situatie niet onder deze lijst met verboden praktijken valt, moet

worden nagegaan of zij beantwoordt aan één van de in het algemene voorschrift geregelde voorbeeldsituaties, te weten misleidende en agressieve handelspraktijken. Enkel wanneer dat niet het geval is, is het algemene voorschrift van artikel 5, lid 1, van richtlijn 2005/29 rechtstreeks van toepassing.(46)

### **b) De voorschriften van het UWG**

75. Volgens vaste rechtspraak heeft elke lidstaat waarvoor een richtlijn is bestemd, de verplichting om in het kader van zijn nationale rechtsorde alle maatregelen te treffen die nodig zijn om de volle werking van de richtlijn overeenkomstig het ermee beoogde doel te verzekeren.(47) Daarmee hangt de verplichting van de nationale wetgever samen om de betrokken richtlijn naar behoren in het nationale recht uit te voeren.(48) Volgens de formulering van artikel 249, derde alinea, EG wordt het echter aan de nationale instanties van de lidstaten overgelaten hiervoor vorm en middelen te kiezen. Deze keuzevrijheid komt met name aan de nationale wetgever toe.

76. In verband hiermee heeft de rechtspraak erkend dat een behoorlijke uitvoering van een richtlijn niet noodzakelijkerwijze vereist dat de bepalingen ervan letterlijk in een uitdrukkelijke en specifieke wettelijke bepaling worden overgenomen.(49) Veeleer komt het erop aan dat het nationale recht dat bij de uitvoering van de richtlijn van toepassing wordt, aan de vereisten van duidelijkheid en rechtszekerheid voldoet om te waarborgen dat het totale systeem van de richtlijn bij de toepassing van het nationale recht door de rechters en instanties van elke lidstaat wordt verwezenlijkt.(50)

77. Het onderzoek of en in hoeverre de litigieuze regeling in § 4, lid 6, UWG aan de voorschriften van de richtlijn voldoet, vereist eerst een korte toelichting op de essentiële uitgangspunten van deze nationale regeling.

### **i) Vormgeving van het verbod in de §§ 3, en 4, lid 6, UWG**

78. Het voorschrift van § 3 UWG in de ten tijde van het verzoek om een prejudiciële beslissing geldende en derhalve in casu relevante versie van 3 juli 2004 regelt het verbod op oneerlijke mededinging. Dit fundamentele voorschrift van het recht inzake oneerlijke mededinging heeft de vorm van een algemeen voorschrift dat zich op omvattende wijze verzet tegen onrechtmatig handelen in het mededingingsrecht. Dit algemene voorschrift is ook na de wetswijziging van 2008 blijven bestaan in § 3, lid 1, UWG (nieuwe versie) met slechts licht gewijzigde bewoordingen.

79. Het materiële inbreukrecht wordt aan de hand van het begrip „oneerlijke mededinging” omschreven. In navolging van de systematiek volgens welke het UWG is opgezet, waarbij in de algemene bepalingen van hoofdstuk 1 (§§ 1 tot en met 7), naast de beschermingsdoelstelling in § 1 en de definities in § 2, de verbodsbepalingen (§§ 3 tot en met 7) zijn opgenomen, worden de rechtsgevolgen (§§ 8 tot en met 10) van een overtreding van een verbodsbepaling en de verjaring (§ 11) in hoofdstuk 2 geregeld, en het formele procedurerecht in hoofdstuk 3. Hoofdstuk 4 (§§ 16 tot en met 19) bevat de strafrechtelijke bepalingen van het mededin-

gingsrecht en hoofdstuk 5 (§§ 20 tot en met 22) de slotbepalingen.

80. § 4 UWG bevat een reeks voorbeelden, waaronder het litigieuze geval van de deelneming door consumenten aan een prijsvraag of spel, die het algemene verbod van oneerlijke mededingingsgedragingen in § 3 UWG concretiseren.(51) Opgenomen zijn dus grotendeels de door de rechtspraak en de doctrine gesignaleerde gevallen. Door een reeks voorbeelden te geven, heeft de nationale wetgever de rechter aanzienlijk willen ontlasten van de taak om het vereiste van „oneerlijkheid” te concretiseren(52) en heeft hij een grotere transparantie(53) willen scheppen. Aangezien § 4, lid 6, UWG alleen het vereiste van „oneerlijkheid” concretiseert, moeten derhalve naast de door deze bepaling gestelde voorwaarden – net als bij de andere voorbeelden in de regeling – ook altijd de voorwaarden van § 3 UWG zijn vervuld, wil een gedraging geacht worden in strijd met de mededinging te zijn.(54) Volgens deze voorwaarden moet de oneerlijke gedraging (of handelsgedraging volgens § 3, lid 1, UWG, nieuwe versie) de mededinging ten nadele van de concurrentie, de consument of de overige marktdeelnemers in niet-onaanzienlijke mate vervalsen. Bijgevolg moet de litigieuze gedraging (of handelsgedraging volgens § 3, lid 1, UWG, nieuwe versie) zich niet alleen binnen een concrete mededingingsverhouding hebben voorgedaan, maar ook een bepaalde drempel overschrijden en derhalve een zekere invloed op het mededingingsgebeuren hebben en de belangen van de beschermde kring van personen in aanzienlijke mate raken.

81. Door de invoering van een „bagateldrempel” respectievelijk een „merkbaarheidsvereiste” wordt de nationale rechter in zoverre ontlast, dat hij zich niet met onbelangrijke gevallen van misdraging behoeft bezig te houden.(55) Beslissend voor de toetsing van de verenigbaarheid van de litigieuze regeling met richtlijn 2005/29 is mijns inziens, hoe hoog of hoe laag de nationale mededingingsrechter deze drempel vaststelt.

### c) **Verenigbaarheid van de litigieuze regeling met richtlijn 2005/29**

#### i) **Noodzaak van een richtlijnconforme uitlegging**

82. Bij de beantwoording van de vraag of een bepaling van nationaal recht in strijd is met het gemeenschapsrecht, zijn niet alleen de bewoordingen van deze bepaling doorslaggevend, maar moet ook rekening worden gehouden met de uitlegging die de nationale rechter hieraan geeft.(56) Omdat zij de voor alle rechtssubjecten verbindende uitlegging van de wet weergeeft, vormt de rechtspraak in een lidstaat een onmisbare maatstaf voor de beoordeling van de met het gemeenschapsrecht strokende omzetting en uitlegging van het nationale recht.(57)

83. Hoewel bij een gedraging genoemd in § 4, lid 6, UWG, alleen aan het vereiste van „oneerlijkheid” is voldaan en een gedraging volgens het nationale recht eerst verboden is indien de voorwaarden van § 3 UWG zijn vervuld, wordt blijkens de uiteenzetting van de verwijzende rechter(58) in de hoogste Duitse rechtspraak blijkbaar aanvaard dat in het geval van § 4, lid 6, UWG altijd moet worden uitgegaan van de relevan-

tie van de mededingingsbeperking.(59) Dit blijkt uit de verwijzing naar doctrine in die zin(60), de toelichting op de nationale bepalingen in de verwijzingsbeschikking, maar ook uit de formulering van de prejudiciële vraag zelf, volgens welke de litigieuze regeling gezamenlijke aanbiedingen verbiedt, „zonder dat relevant is of de reclamepraktijk in het individuele geval nadelig is voor het belang van de consument”. Deze formulering duidt erop dat § 4, lid 6, UWG aldus wordt uitgelegd, dat de nationale rechter in een individueel geval nauwelijks een beoordelingsmarge heeft. Ook de Duitse regering gaat in haar eerdere schriftelijke opmerkingen kennelijk van dit standpunt uit, wanneer zij in het kader van deze nationale regeling spreekt van een „absoluut” respectievelijk „algemeen” verbod.(61)

#### ii) **Toetsing aan het criterium van de richtlijnbe- palingen**

84. Hierna moet worden onderzocht of deze uitlegging van § 4, lid 6, UWG, die in wezen gelijkstaat met een principieel verbod van gezamenlijke aanbiedingen in verband met een prijsvraag of spel, verenigbaar is met de richtlijn. Daarbij moet te werk worden gegaan volgens het in punt 74 van deze conclusie beschreven toetsingsschema.

#### – **Artikel 5, leden 4 en 5, van richtlijn 2005/29**

85. Om te beginnen moet worden vastgesteld dat de handelspraktijk die § 4, lid 6, UWG verbiedt, met geen van de in bijlage I bij de richtlijn opgesomde gevallen van oneerlijke handelspraktijken overeenkomt.(62) Niet in aanmerking komt met name de in punt 16 genoemde situatie, waarin reclame wordt gemaakt voor het feit dat producten het winnen bij kansspelen kunnen vergemakkelijken. Hierbij gaat het om een bijzondere vorm van reclame, maar niet om de gezamenlijke aanbiedingen als zodanig. Afgezien hiervan maakt verweerster in het hoofdgeding, zoals de Portugese regering terecht betoogt, geenszins reclame voor het feit dat de enkele aankoop van een product reeds een kans om te winnen geeft. Aangeboden wordt enkel de mogelijkheid van deelneming aan een toch voor eenieder toegankelijk kansspel, zonder dat de koper hiermee een grotere kans om te winnen wordt beloofd.

86. Aangezien gezamenlijke aanbiedingen niet worden gerekend tot de in bijlage I vermelde handelspraktijken die onder alle omstandigheden als oneerlijk moeten worden aangemerkt, mogen zij in beginsel slechts worden verboden wanneer zij oneerlijke handelspraktijken vormen, bijvoorbeeld omdat zij misleidend of agressief in de zin van de richtlijn zijn.(63) De handelspraktijk die § 4, lid 6, UWG verbiedt, kan echter niet als misleidend en evenmin als agressief in de zin van artikel 5, lid 4, van de richtlijn worden aangemerkt.

#### – **Artikel 5, lid 2, van richtlijn 2005/29**

87. Volgens de richtlijn kan er verder alleen sprake zijn van een verbod, wanneer een handelspraktijk als oneerlijk moet worden aangemerkt omdat zij in strijd is met de vereisten van professionele toewijding en zij het economische gedrag van de gemiddelde consument met betrekking tot het product wezenlijk verstoort of kan

verstoren. Hiervoor moet cumulatief zijn voldaan aan de vereisten van artikel 5, lid 2, sub a en b.(64)

88. Volgens de Duitse regering is dit met de door § 4, lid 6, UWG verboden handelspraktijk het geval, waarbij zij zich hoofdzakelijk baseert op het risico van manipulatie dat ontstaat wanneer een beroep op de goklust van de consument wordt gedaan.

#### **Schending van de professionele toewijding**

89. Het begrip „professionele toewijding” is in artikel 2, sub h, van richtlijn 2005/29 gedefinieerd als „het normale niveau van bijzondere vakkundigheid en zorgvuldigheid dat redelijkerwijs van een handelaar ten aanzien van consumenten mag worden verwacht, overeenkomstig eerlijke marktpraktijken en/of het algemene beginsel van goede trouw in de sector van de handelaar”.

90. Deze definitie, die onder meer aanknoopt bij het onduidelijke begrip „eerlijke marktpraktijken”, maakt een beoordeling mogelijk die, als gevolg van de heersende culturele omstandigheden en morele uitgangspunten, van de ene tot de andere lidstaat volledig uiteen kan lopen.(65) Hieraan staat ook niet in de weg dat de richtlijn, overeenkomstig punt 13 van de considerans, in het kader van de harmonisatie van de rechtsstelsels beoogt belemmeringen voor de interne markt weg te nemen, die uit de toepassing van uiteenlopende algemene bepalingen en rechtsbeginselen voortvloeien, vooral omdat de lidstaten duidelijk over een zekere beoordelingsmarge op een nauw omschreven gebied beschikken.(66) Dit wordt uitdrukkelijk in de richtlijn erkend, aangezien uit punt 7 van de considerans blijkt dat „de richtlijn niet van toepassing [is] op wettelijke voorschriften in verband met smaak en fatsoen, die van lidstaat tot lidstaat sterk verschillen”. Hier wordt als voorbeeld het op straat aanklappen van personen voor commerciële doeleinden genoemd. Daarom verklaart hetzelfde punt van de considerans ook dat „de lidstaten, overeenkomstig de communautaire regelgeving, handelspraktijken op hun grondgebied aan banden kunnen blijven leggen om redenen van smaak en fatsoen, ook indien die praktijken de keuzevrijheid van de consument niet beperken”.

91. Dat kansspelen een potentieel maatschappelijk risico voor de lidstaten inhouden(67) en de lidstaten derhalve in staat moeten zijn om passende maatregelen te nemen om de risico’s van overmatig spelen aan banden te leggen, laat ook de rechtspraak van het Hof in de zogenoemde kansspelarresten zien. Centraal in deze arresten staat de afweging tussen enerzijds de vrijheid van dienstverrichting en vrijheid van vestiging en anderzijds de bescherming van dwingende redenen van algemeen belang, namelijk de doelstellingen van bescherming van de consument, fraudebestrijding en het vermijden dat burgers door gokken tot geldverkwisting worden aangespoord, alsmede het voorkomen van maatschappelijke problemen in het algemeen.(68) Daarbij heeft het Hof de bevoegdheid van de lidstaten erkend om de „beleidsdoelstellingen op het gebied van de kansspelen te bepalen en om in voorkomend geval het gewenste beschermingsniveau nauwkeurig te omlijnen”. Volgens het Hof kunnen „de bijzonderheden

van morele, religieuze of culturele aard, alsmede de aan kansspelen en weddenschappen verbonden moreel en financieel schadelijke gevolgen voor het individu en de samenleving rechtvaardigen dat de nationale autoriteiten over voldoende beoordelingsvrijheid beschikken om te bepalen, wat noodzakelijk is voor de bescherming van de consument en van de maatschappelijke orde”, voor zover de getroffen maatregelen evenredig zijn.(69)

92. Volgens mij is het in het belang van een coherente rechtspraak wenselijk dat de hierboven genoemde beginselen ook worden toegepast bij de uitlegging van artikel 5, lid 2, sub a, van de richtlijn, in het bijzonder waar het gaat om de „eerlijke marktpraktijken”, en dat de lidstaten, binnen de door het gemeenschapsrecht gestelde grenzen, bij het nemen van maatregelen om de risico’s van overmatig spelen aan banden te leggen, over een voldoende beoordelingsmarge beschikken.

93. Het door de Duitse regering naar voren gebrachte algemene bezwaar tegen een handelspraktijk die gebruik maakt van de aantrekkingskracht van kansspelen, kan onder deze categorie van morele voorbehouden vallen. Zoals de Duitse regering terecht opmerkt, kan het inzetten van een spel in de reclamebranche absoluut de goklust bij de mens opwekken. Van dergelijke spelen gaat, niet in de laatste plaats in verband met de kans op eventueel zeer hoge prijzen, een zekere aantrekkingskracht uit voor de mens. Door hiervan gebruik te maken, kan de aandacht van potentiële klanten worden gewekt en kan deze in het kader van de gekozen reclamestrategie in de richting van bepaalde doelstellingen worden geleid. Het aangevoerde argument, dat een dergelijke handelspraktijk aspecten van manipulatie vertoont en daardoor eventueel inbreuk kan maken op de professionele toewijding, moet dan ook, in het algemeen beschouwd, niet van de hand worden gewezen.

94. Bijgevolg kan een handelspraktijk die aan de deelneming van de consument aan een prijsvraag of deel de voorwaarde koppelt dat de consument een product koopt of gebruik maakt van een dienst, in bepaalde omstandigheden in strijd zijn met de vereisten van de professionele toewijding overeenkomstig artikel 5, lid 2, sub a, van de richtlijn.

#### **Het aanzienlijk kunnen verstoren van het gedrag van de gemiddelde consument**

95. Onder „het economische gedrag van consumenten wezenlijk verstoren” in de zin van artikel 2, sub e, moet overeenkomstig de in de richtlijn vervatte definitie worden verstaan „een handelspraktijk gebruiken om het vermogen van de consument om een geïnformeerd besluit te nemen merkbaar te beperken, waardoor de consument tot een transactie besluit waartoe hij anders niet had besloten”. Hetgeen deze regeling beschermt, is de beslissingsvrijheid van de consument.(70)

96. De koppeling van een prijsvraag en spel aan de aankoop van waren kan, gelet op de reeds vermelde risico’s(71) en rekening houdend met een passende beslissingsmarge van de lidstaten, in beginsel het inkoopgedrag van de consument wezenlijk verstoren. Zoals de Duitse regering terecht stelt(72), is niet uit te sluiten dat het vooruitzicht om kosteloos deel te nemen

aan een spel, de consument kan overhalen om te kopen voor een hoger bedrag dan hij van plan was, teneinde die deelneming aan het kansspel mogelijk te maken. Op dezelfde wijze kan de consument hierdoor in beginsel in die zin worden beïnvloed, dat hij bij de aldus reclame makende handelaar verdere aankopen doet om verder aan het kansspel deel te nemen.

97. Uitgaande van een algemene benaderingswijze, is in zoverre in beginsel voldaan aan het vereiste van artikel 5, lid 2, sub b, van de richtlijn.

#### **Noodzaak van een gedegen beoordeling van de omstandigheden van het individuele geval**

98. Twijfelachtig is echter of deze algemene benaderingswijze daadwerkelijk in overeenstemming is met de strekking van de richtlijn en de wil van de gemeenschapswetgever. Zoals ik reeds in mijn conclusie in de gevoegde zaken C-261/07 (VTB-VAB) und C-299/07 (Galatea) heb aangegeven(73), kan de vraag of een koppelingsverbod als oneerlijk moet worden aangemerkt omdat het aan de vereisten van artikel 5, lid 2, van de richtlijn voldoet, niet in abstracto worden beantwoord, maar moet daarvoor de concrete handelspraktijk van geval tot geval worden beoordeeld.

99. Dit blijkt onmiskenbaar uit punt 7 van de considerans van de richtlijn, volgens hetwelk bij de toepassing van de richtlijn, met name van de algemene clausules, terdege rekening moet worden gehouden met de situatie per geval. Het woord „met name” laat ook zien dat de betrokken beoordeling per geval niet beperkt is tot de toepassing van de algemene clausule van artikel 5, lid 1, maar ook geldt voor de toepassing van de bepalingen van de artikelen 5 tot en met 9 van de richtlijn, die deze clausule verduidelijken. Van de noodzaak tot een individuele toetsing aan het bepaalde in de artikelen 5 tot en met 9 van de richtlijn, voor het geval een handelspraktijk niet onder de in bijlage I bij de richtlijn vermelde handelspraktijken valt, gaat ook de gemeenschapswetgever uit, zoals blijkt uit punt 17 van de considerans. Dit volgt a contrario uit de derde volzin van punt 17 van de considerans, waarin namelijk wordt vermeld dat alleen de in bijlage I bij de richtlijn opgesomde handelspraktijken „worden verondersteld oneerlijk te zijn zonder een individuele toetsing aan het bepaalde in de artikelen 5 tot en met 9”.

100. Het principiële koppelingsverbod van § 4, lid 6, UWG in de hierboven beschreven uitlegging komt er uiteindelijk op neer dat de in bijlage I bij de richtlijn vervatte opsomming van verboden handelspraktijken wordt verruimd, hetgeen de lidstaten, gelet op de met richtlijn 2005/29 gepaard gaande volledige en maximale harmonisatie, echter juist niet is toegestaan.(74) Eenzijdige uitbreiding van deze lijst van de zijde van de lidstaten is bovendien verboden in het licht van het feit dat deze lijst volgens artikel 5, lid 5, alleen aangepast mag worden door wijziging van de richtlijn zelf, dat wil zeggen volgens de in artikel 251 EG bepaalde medebeslissingsprocedure.

101. De taak om te beoordelen of een handelspraktijk aan de hand van concrete omstandigheden, in het bijzonder gelet op de uitwerking ervan op het economisch gedrag van de gemiddelde consument, als oneerlijk

moet worden beschouwd, draagt de gemeenschapswetgever op aan de nationale rechters respectievelijk autoriteiten. Dit blijkt uitdrukkelijk uit de formulering van punt 18 van de considerans van de richtlijn.(75) Op hen rust de verplichting om overeenkomstig de artikelen 11 en 12 van de richtlijn in het kader van de op nationaal niveau in te voeren sanctioneringssystemen de naleving van de richtlijn af te dwingen.(76) Wanneer de Duitse wetgever echter principiële verbodsbepalingen vaststelt naast die van de in bijlage I bij de richtlijn vervatte lijst en de organen van de rechtsprekende en de uitvoerende macht – tot welke richtlijn 2005/29 in dit verband in gelijke mate is gericht – geen beoordelingsvrijheid toekent, wordt de doelstelling van de doeltreffende uitvoering van deze richtlijn in het nationale recht gedwarsboemd.(77)

102. Een gedegen beoordeling van de omstandigheden van het individuele geval bij de toepassing van artikel 5, lid 2, van de richtlijn is te meer vereist, daar er niet van kan worden uitgegaan dat iedere combinatie van deelneming aan een spel en de verkoop van waren in beginsel en op zich de manipulatieve werking die door de Duitse regering naar voren is gebracht, laat zien. Het in artikel 5, lid 2, sub b, neergelegde vereiste van „wezenlijkheid” verlangt onvermijdelijkerwijs een toetsing per individueel geval.(78) Er zijn echter gevallen denkbaar waarbij de prikkel om aan een spel of prijsvraag deel te nemen, het koopgedrag van de consument niet of in niet-wezenlijke mate zal verstoren.

103. Aldus kan met betrekking tot het hoofdgeding – zonder te willen vooruitlopen op de beoordeling door de nationale rechter, die het gemeenschapsrecht in het hoofdgeding moet toepassen(79) – worden gesteld dat het vooruitzicht om in een loterij te spelen, waarschijnlijk niet geschikt is om een gemiddelde consument steeds ertoe te brengen aankopen ten bedrage van 100 EUR te doen, temeer omdat ten eerste dit bedrag relatief hoog is en ten tweede het uiteindelijk aan eenieder vrij staat aan het spel deel te nemen. Op dit punt moet de Spaanse regering worden toegegeven dat een gemiddelde consument die in een loterij wil meespelen, gewoonlijk niet zal wachten tot er voor 100 EUR is aangekocht om aan het spel mee te kunnen doen.(80) De gemiddelde consument zal derhalve in de omstandigheden van het litigieuze geval beslist kunnen toegeven dat het voordeel beperkt is tot het zonder kosten deelnemen aan een loterij en hij hiervoor tenminste voor 100 EUR aan waren moet aanschaffen. In dit licht kan hij vrijelijk beslissen of hij aan de actie meedoet of bij een concurrent voorziet in zijn behoefte.(81)

104. Samenvattend moet worden vastgesteld dat een nationale regeling als § 4, lid 6, UWG die, in de hieraan toegekende uitlegging, voorziet in een principiële verbod van gezamenlijke aanbiedingen zonder dat rekening kan worden gehouden met de omstandigheden van elk concreet geval, intrinsiek restrictiever en strenger is dan de regeling van richtlijn 2005/29.

105. In dit verband zij eraan herinnerd dat § 4, lid 6, UWG een gebied betreft dat volledig is geharmoniseerd en waarop de overgangsregelingen van artikel 3, lid 5, van richtlijn 2005/29 niet van toepassing zijn. De uit-

zonderingsbepaling van artikel 3, lid 9, van richtlijn 2005/29 is evenmin van toepassing.

### **Intrekking van het voorstel van de Commissie voor een verordening betreffende de verkoopbevordering in de interne markt**

106. De vraag rijst welke invloed de intrekking van het voorstel van de Commissie voor een verordening betreffende de verkoopbevordering in de interne markt(82), op deze uitlegging heeft. De Duitse regering beroept zich in wezen op de enkele wijzigingen die dit voorstel in het kader van de vaststellingsprocedure heeft ondergaan(83) en die volgens haar de conclusie toelaten dat er bij de lidstaten en in het Europees Parlement een brede consensus over de noodzaak van een principieel koppelingsverbod bestaat.(84)

107. Volgens de Duitse regering was de wetgever in Duitsland bij de vaststelling van het op 8 juli 2004 in werking getreden UWG uitgegaan van het gewijzigde voorstel van de Commissie en had zij de argumentatie van het Europees Parlement in de motivering van §4, lid 6, UWG opgenomen. Volgens deze motivering was er sprake van ongeoorloofde mededinging, aangezien de gedraging ertoe strekte overmatig spelen uit te buiten, waardoor het oordeel van de consument kon worden verstoord.

108. Anders dan de Duitse regering meent, kunnen echter noch uit het voorstel van de Commissie voor een verordening betreffende de verkoopbevordering in de interne markt, noch uit het in het kader van de wetgevingsprocedure voorgelegde wijzigingsvoorstellen conclusies voor een uitlegging van richtlijn 2005/29 worden getrokken, aangezien de regering zich hierbij beroept op een voorstel voor een communautaire verordening die nooit in werking is getreden. Zij kan zich dan ook niet met succes beroepen op het beginsel van bescherming van gewettigd vertrouwen.(85) Zoals zij zelf stelt, verliepen de wetgevingsprocedures voor de verordening en voor richtlijn 2005/29 ten dele parallel. Als grondwettelijke vertegenwoordigster van een in de Raad vertegenwoordigde lidstaat was de Duitse regering op verregaande wijze betrokken bij beide wetgevingsprocedures en dus op elk moment op de hoogte van het verloop ervan.(86) Zij kan zich dan ook niet rechtsgeldig beroepen op onwetendheid betreffende de ontwikkelingen in beide wetgevingsprocedures.(87)

109. Het Hof heeft de bijzondere verantwoordelijkheid van de in de Raad vertegenwoordigde regeringen van de lidstaten bij de uitvoering van richtlijnen benadrukt. Zo heeft het uit de omstandigheid dat de regeringen van de lidstaten deelnemen aan de voorbereiding van de richtlijnen, afgeleid dat zij dan ook in staat moeten zijn, binnen de gestelde termijn de voor de tenuitvoerlegging daarvan noodzakelijke wettelijke regeling op te stellen.(88)

110. Uiterlijk op het tijdstip van intrekking van het voorstel van de Commissie(89) had de Duitse regering derhalve eventueel moeten toetsen in hoeverre de materiële werkingsfeer van richtlijn 2005/29 zich ook zou uitstrekken tot gebieden die tot dan toe onder de voorgenomen verordening vielen. De noodzaak daarvan lag

voor de hand, aangezien de richtlijn volgens het oorspronkelijk concept ervan bedoeld was om enerzijds algemene, subsidiaire regelingen op het gebied van de bescherming van de consument in te voeren en anderzijds een volledige harmonisatie van de nationale regels inzake oneerlijke handelspraktijken te verwezenlijken.(90) In het licht van het feit dat de intrekking plaatsvond op een tijdstip waarop de termijn voor omzetting van de richtlijn nog niet verstreken was, stond het aan de Duitse wetgever om bij de aanpassing van het nationale recht hiermee rekening te houden.

111. Derhalve moet dit argument worden afgewezen.

### **4. Gevolgtrekkingen**

112. Gelet op het voorgaande kom ik tot de conclusie dat een uitlegging van de §§ 3 en 4, lid 6, UWG, zoals zij in de hoogste Duitse rechtspraak voorkomt, waarbij gezamenlijke aanbiedingen in verband met een prijsvraag of spel uit hoofde van deze nationale regeling principieel worden verboden(91), niet met een richtlijnconforme uitlegging strookt.

113. Uit het voorgaande volgt dat artikel 5, lid 2, van de richtlijn aldus moet worden uitgelegd dat dit voorschrift in de weg staat aan een nationale regelgeving volgens welke een handelspraktijk waarbij aan de deelneming van de consument aan een prijsvraag of spel de voorwaarde is gekoppeld dat de consument een product koopt of gebruik maakt van een dienst, in beginsel ontoelaatbaar is, zonder dat het relevant is of de reclamepraktijk in het individuele geval nadelig is voor het belang van de consument.

### **VII – Conclusie**

114. Gelet op een en ander geef ik het Hof in overweging de prejudiciële vraag van het Bundesgerichtshof als volgt te beantwoorden:

Artikel 5, lid 2, van richtlijn 2005/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 mei 2005 betreffende oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten op de interne markt en tot wijziging van richtlijn 84/450/EEG van de Raad, richtlijnen 97/7/EG, 98/27/EG en 2002/65/EG van het Europees Parlement en de Raad en van verordening (EG) nr. 2006/2004 van het Europees Parlement en de Raad (richtlijn betreffende oneerlijke handelspraktijken), moet aldus worden uitgelegd dat dit voorschrift in de weg staat aan een nationale regelgeving volgens welke een handelspraktijk waarbij aan de deelneming van de consument aan een prijsvraag of spel de voorwaarde is gekoppeld dat de consument een product koopt of gebruik maakt van een dienst, in beginsel ontoelaatbaar is, zonder dat het relevant is of de reclamepraktijk in het individuele geval nadelig is voor het belang van de consument.

---

1 – Oorspronkelijke taal: Duits.

2 – Richtlijn 2005/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 mei 2005 betreffende oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten op de interne markt en tot wijziging van richtlijn 84/450/EEG van de Raad, richtlijnen 97/7/EG,

98/27/EG en 2002/65/EG van het Europees Parlement en de Raad en van verordening (EG) nr. 2006/2004 van het Europees Parlement en de Raad (richtlijn betreffende oneerlijke handelspraktijken) (PB L 149, blz. 22).

3 – BGBl. I, blz. 1414.

4 – BGBl. I, blz. 2949.

5 – Arrest van 21 oktober 1999, Jägerskiöld (C-97/98, Jurispr. blz. I-7319, punt 45)

6 – Arrest van 24 november 1993 (C-267/91 en C-268/91, Jurispr. blz. I-6097).

7 – Arrest van 23 april 2009, VTB-VAB en Galatea (C-261/07 en C-299/07, Jurispr. blz. I-00000).

8 – Zie mijn conclusie van 21 oktober 2008 in de zaak VTB-VAB en Galatea (C-261/07 en C-299/07, arrest aangehaald in voetnoot 7, punt 48).

9 – Op normatief vlak geeft richtlijn 2005/29 uitvoering aan de zienswijze van de Commissie over de toekomst van de consumentenbescherming in de Europese Unie, zoals uiteengezet in haar groenboek van 2 oktober 2001 [COM(2001) 531 def.]. Daarin klaagt de Commissie erover dat de mogelijkheden die de interne markt voor consumenten biedt, niet zijn verwezenlijkt en dat de ontwikkeling van de b2c-verrichtingen op deze markt („b2c” is de afkorting voor „business-to-consumer”, dat wil zeggen communicatie en handelsbetrekkingen tussen ondernemingen en particulieren, in tegenstelling tot de communicatie en handelsbetrekkingen tussen ondernemingen of tussen deze ondernemingen en autoriteiten, die tot de zogenaamde „b2b”-sector behoren) geen gelijke tred houdt met de voortschrijdende ontwikkeling van de interne markt zelf. Slechts bij wijze van uitzondering maakt de consument gebruik van de onmiddellijke voordelen van de interne markt door grensoverschrijdend in te kopen. Volgens de Commissie ligt de oorzaak hiervoor in een versnipperde nationale regelgeving en in een versnipperd handhavingssysteem, wat de consumenten afschrikt. Zij bepleit onder andere de vaststelling van een Europese kaderrichtlijn teneinde de nationale voorschriften inzake eerlijke handelspraktijken op b2c-gebied te harmoniseren. Haar ideeën voor de opbouw van deze kaderrichtlijn hebben ingang gevonden in de huidige richtlijn 2005/29.

Volgens C. Wendehorst, „Auf dem Weg zu einem zeitgemäßen Verbraucherprivatrecht: Umsetzungskonzepte”, Neuordnung des Verbraucherprivatrechts in Europa? (ed. Brigitta Jud/Christiane Wendehorst), Wenen 2009, blz. 166, is de van de minimumharmonisatie verwachte opleving van de interne markt op het gebied van consumentenzaken in hoge mate uitgebleven. De redenen hiervoor zijn onder meer de enorme verschillen bij de omzetting in verschillende rechtsstelsels. Deze verschillen zijn een belemmering voor de interne markt, omdat de gemiddelde consument de in Europa gegarandeerde minimumnorm geheel niet kent. Bovendien worden ondernemers gehinderd om over de grenzen heen werkzaam te zijn, omdat de aanpassing aan vele verschillende beschermingsniveaus hoge kosten meebrengt. Bijgevolg gaat de gemeenschapswetgever ertoe over om in de bepalingen van de richtlijn niet alleen een minimumnorm, maar tegelijker-

tijd ook via een zogenoemde volledige harmonisatie een maximale norm voor de bescherming van de consument vast te stellen.

10 – Zo ook F. Henning-Bodewig „Die Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken”, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Internationaler Teil, 2005, nr. 8/9, blz. 629, 630; J. Massaguer, El nuevo derecho contra la competencia desleal – La Directiva 2005/29/CE sobre las Prácticas Comerciales Desleales, Cizur Menor 2006, blz. 14, 51, 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, Bazel 2006, blz. 299, 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, nr. 7, 2007, blz. 716; G. De Cristofaro, „La direttiva 2005/29/CE – Contenuti, rationes, caratteristiche”, Le pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori, Turijn 2007, blz. 32 e.v.; 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, Milaan 2007, blz. 26, die stelt dat het doel van richtlijn 2005/29 een volledige harmonisatie van de nationale regelingen is.

11 – Op grond van de te late omzetting van richtlijn 2005/29 heeft de Commissie een niet-nakomingsprocedure tegen de Bondsrepubliek Duitsland ingeleid (niet-nakoming nr. 2007/890) en op 16 juli 2008 krachtens artikel 226, tweede alinea, EG beroep bij het Hof ingesteld. Hierop heeft de Duitse regering geantwoord bij brief van 6 oktober 2008, ingeschreven ter griffie van het Hof op 13 oktober 2008. Bij op 24 februari 2009 ingekomen brief, heeft de Commissie het Hof overeenkomstig artikel 78 van het Reglement voor de procesvoering bericht dat zij het beroep intrekt. Bij beschikking van 20 maart 2009 heeft de president van het Hof besloten zaak C-326/08 (Commissie/Duitsland) in het register van het Hof door te halen en de Bondsrepubliek Duitsland in de kosten te verwijzen.

12 – Zie de uiteenzetting van de verwijzende rechter in punt 8 van de verwijzingsbeschikking.

13 – Arrest Jägerskiöld (aangehaald in voetnoot 5, punt 45).

14 – In die zin U. Becker, EU-Kommentar (ed. Jürgen Schwarze), 1e druk, Baden-Baden 2000, art. 28, punt 19, blz. 437. K. Lenaerts, D. Arts, I. Maselis, Procedural Law of the European Union, 2e druk, Londen 2006, punt 6-024, blz. 191, wijzen erop dat het Hof bij het onderzoek van de verenigbaarheid van een nationale regeling met primairrechtelijke bepalingen betreffende het vrije personen-, goederen- en kapitaalverkeer altijd zal toetsen of de feitelijke toedracht een gemeenschapsrechtelijk aspect laat zien. Mocht namelijk blijken dat de feitelijke toedracht zich louter in één en dezelfde lidstaat voordoet, dan is toepassing van deze verdragsbepalingen uitgesloten.

15 – Zie o.a. arresten van 18 oktober 1990, Dzodzi (C-297/88 en C-197/89, Jurispr. blz. I-3763, punten 33 en 34); 8 november 1990, Gmurzynska-Bscher (C-231/89, Jurispr. blz. I-4003, punten 18 en 19); 17 juli 1997, Leur-Bloem (C-28/95, Jurispr. blz. I-4161, punt 24), en 29 januari 2008, Promusicae (C-275/06, Jurispr. blz. I-271, punt 36).

16 – Zie o.a. arresten van 13 maart 2001, PreussenElektra (C-379/98, Jurispr. blz. I-2099, punt 38); 22 mei 2003, Korhonen e.a. (C-18/01, Jurispr. blz. I-5321, punt 19); 5 februari 2004, Schneider (C-380/01, Jurispr. blz. I-1389, punt 21), en 19 april 2007, Asemfo (C-295/05, Jurispr. blz. I-2999, punt 30), en arrest VTB-VAB en Galatea (aangehaald in voetnoot 7, punt 32).

17 – Zie o.a. arresten van 16 december 1981, Foglia/Novello (244/80, Jurispr. blz. 3045, punt 18); 15 juni 1995, Zabala Erasun e.a. (C-422/93–C-424/93, Jurispr. blz. I-1567, punt 29); 15 december 1995, Bosman (C-415/93, Jurispr. blz. I-4921, punt 61); 12 maart 1998, Djabali (C-314/96, Jurispr. blz. I-1149, punt 19), en 1 april 2008, Regering van de Franse Gemeenschap en Waalse regering (C-212/06, Jurispr. blz. I-1683, punt 29), en arresten PreussenElektra (aangehaald in voetnoot 16, punt 39), Schneider (aangehaald in voetnoot 16, punt 22), en VTB-VAB en Galatea (aangehaald in voetnoot 7, punt 33).

18 – Zie mijn conclusie van 11 september 2008 in de zaak CEPAV DUE e.a. (C-351/07, punt 43).

19 – Zie arresten Dzodzi (aangehaald in voetnoot 15, punt 37), en Leur-Bloem (aangehaald in voetnoot 15, punt 32), en arresten van 11 januari 2001, Kofisa Italia (C-1/99, Jurispr. blz. I-207, punt 32); 29 april 2004, British American Tobacco (C-222/01, Jurispr. blz. I-4683, punt 40); 16 maart 2006, Poseidon Chartering (C-3/04, Jurispr. blz. I-2505, punt 16), en 11 december 2007, ETI e.a. (C-280/06, Jurispr. blz. I-10893, punt 21).

20 – Zie o.a. arresten Foglia/Novello (aangehaald in voetnoot 17, punt 18), Zabala Erasun e.a. (aangehaald in voetnoot 17, punt 29), Bosman (aangehaald in voetnoot 17, punt 61), Djabali (aangehaald in voetnoot 17, punt 19), Schneider (aangehaald in voetnoot 16, punt 22), Regering van de Franse Gemeenschap en Waalse regering (aangehaald in voetnoot 17, punt 29), en VTB-VAB en Galatea (aangehaald in voetnoot 7, punt 33).

21 – Zie punt 7 van de verwijzingsbeschikking.

22 – Zie punt 9 van de verwijzingsbeschikking.

23 – De in § 8, lid 1, UWG geregelde vordering is een vermogensrechtelijke materieelrechtelijke vordering, niet louter een procesrechtelijk rechtsmiddel. Hierdoor is het mogelijk het nalaten van onrechtmatig handelen te vorderen bij herhalingsgevaar (§ 8, lid 1, eerste volzin, UWG) en dit preventief te verbieden bij dreigend gevaar (§8, lid 1, tweede volzin, UWG). De vordering ontstaat zodra er van een persoon een dreiging van toekomstig onrechtmatig handelen uitgaat. Niet wordt vereist dat belangen van derden reeds daadwerkelijk zijn aangetast en dit opnieuw dreigt te gebeuren (herhalingsgevaar). Voor het ontstaan van de vordering volstaat dat er voor de eerste keer sprake is van een acute dreiging (dreigend gevaar) van onrechtmatig

handelen. Rechtsgrondslag voor het invoeren van de vordering, derhalve voor het afwenden van de dreiging, is § 3 in samenhang met de bij wijze van voorbeeld opgesomde handelingen in § 4 en de bijzondere bepalingen van de §§ 5–7 UWG [zie H. Pieper, Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (ed. Henning Piper/Ansgar Ohly), 4e druk, München 2006, § 8, punten 3 en 5].

24 – Zie o.a. arresten van 5 februari 1963, Van Gend & Loos (26/62, Jurispr. blz. 3); 15 juli 1964, Costa/E.N.E.L. (6/64, Jurispr. blz. 1203); 17 december 1970, Internationale Handelsgesellschaft (11/70, Jurispr. blz. 1125), en 9 maart 1978, Simmenthal II (106/77, Jurispr. blz. 629).

25 – Aangehaald in voetnoot 8, punt 60.

26 – Arresten van 18 december 1997, Inter-Environnement Wallonie (C-129/96, Jurispr. blz. I-7411, punt 45); 8 mei 2003, ATRAL (C-14/02, Jurispr. blz. I-4431, punt 58); 22 november 2005, Mangold (C-144/04, Jurispr. blz. I-9981, punt 67), en 4 juli 2006, Adeneler e.a. (C-212/04, Jurispr. blz. I-6057, punt 121).

27 – Arresten van 13 november 1990, Marleasing (C-106/89, Jurispr. blz. I-4135, punt 8); 14 juli 1994, Faccini Dori (C-91/92, Jurispr. blz. I-3325, punt 26); 25 februari 1999, Carbonari e.a. (C-131/97, Jurispr. blz. I-1103, punt 48), en 5 oktober 2004, Pfeiffer e.a. (C-397/01–C-403/01, Jurispr. blz. I-8835, punt 110), en arrest Inter-Environnement Wallonie (aangehaald in voetnoot 26, punt 40).

28 – Arrest Inter-Environnement Wallonie (aangehaald in voetnoot 26, punt 46). In die zin ook P. Vclouch, Kommentar zu EU- und EG-Vertrag (ed. Heinz Mayer), Wenen 2004, art. 249, punt 45, blz. 16.

29 – Arrest Adeneler e.a. (aangehaald in voetnoot 26, punt 123).

30 – Arrest van 7 september 2006, Cordero Alonso (C-81/05, Jurispr. blz. I-7569, punt 29), en arrest VTB-VAB en Galatea (aangehaald in voetnoot 7, punt 35).

31 – De nationale rechter kan enkel ingrijpen indien het risico bestaat dat na het verstrijken van de uitvoeringstermijn de door de richtlijn voorgeschreven doelstellingen in gevaar worden gebracht (in die zin ook C. Hoffmann, „Die zeitliche Dimension der richtlinienkonformen Auslegung“, Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, 2006, nr. 46, blz. 2116). Zo ook W. Schroeder, EUV/EGV Kommentar (ed. Rudolf Streinz), München 2003, art. 249 EG, punt 139, blz. 2197, volgens wie een verplichting voor de autoriteiten en rechterlijke instanties tot richtlijnconforme uitlegging slechts bij wijze van uitzondering kan worden aangenomen, wanneer wetgevende uitvoeringsmaatregelen doen vermoeden dat deze ertoe strekken de verwezenlijking van de doelstellingen van de richtlijn definitief te verhinderen.

32 – Zie o.a. arrest Costa/E.N.E.L. (aangehaald in voetnoot 24), en arresten van 29 november 2001, De Coster (C-17/00, Jurispr. blz. I-9445, punt 23), en 16 januari 2003, Pansard e.a. (C-265/01, Jurispr. blz. I-683, punt 18).

33 – In die zin H. Köhler, Wettbewerbsrecht – Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb,

München 2007, § 4, punt 6.6, blz. 308; D. Seichter, „Der Umsetzungsbedarf der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken”, *Wettbewerb in Recht und Praxis*, 2005, blz. 1095, die in verband met § 4, lid 6, UWG uitdrukkelijk van een koppelingsverbod spreken.

34 – Aangehaald in voetnoot 8, punten 68-70.

35 – Arrest VTB-VAB en Galatea (aangehaald in voetnoot 6, punten 48 en 50).

36 – Zo ook T. Hoeren, „Das neue UWG – der Regierungsentwurf im Überblick”, *Betriebs-Berater*, 2008, blz. 1183; 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, blz. 166.

37 – Zie mijn conclusie in de zaak VTB-VAB und Galatea (aangehaald in voetnoot 8, punten 71 en 72).

38 – Zie punt 13 van de schriftelijke opmerkingen van de Tsjechische regering.

39 – R.Lutz, „Veränderungen des Wettbewerbsrechts im Zuge der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken”, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht*, 2006, nr. 11, blz. 909, wijst erop, dat het Duitse UWG zich niet, zoals richtlijn 2005/29, tot de bescherming van de economische belangen van de consument beperkt, maar ook de concurrent, de consument en de andere marktdeelnemers beschermt, zoals uit § 1 UWG naar voren komt. Het Duitse UWG omvat derhalve de sectoren b2c en b2b.

40 – Zie o.m. arresten van het Bundesgerichtshof van 17 november 1972, I ZR 71/71 (Prijsvraag); 17 februari 2000, I ZR 239/97 (Space Fidelity Peep-Show); 13 juni 2002, I ZR 173/01 (Gezamenlijke aanbiedingen I), en 13 november 2003, I ZR 40/01 (Omgekeerde veiling II).

41 – Zie wetsontwerp van de Bondsregering (BT-Drucksache 15/1487, blz. 17).

42 – Zie H. Piper, aangehaald in voetnoot 23, § 4.6, punt 1, blz. 348; M. Hecker, *Lauterkeitsrecht – Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb* (ed. Karl-Heinz Fezer), München 2005, deel 1, § 4-6, punt 33, blz. 707.

43 – Zie punt 37 van deze conclusie.

44 – Zie arrest VTB-VAB en Galatea (aangehaald in voetnoot 7, punt 52). In die zin J. Massaguer, aangehaald in voetnoot 10, blz. 15; 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, blz. 19, en 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*, nr. 7, september 2005, blz. 796, die uit de maximale harmonisatie door richtlijn 2005/29 afleidt dat de lidstaten niet bevoegd zijn strengere regelingen vast te stellen, ongeacht of deze ertoe strekken een hoger niveau van consumentenbescherming te verzekeren. G. De Cristofaro, aangehaald in voetnoot 10, blz. 32, is van mening dat lidstaten noch van de bepalingen van de richtlijn mogen afwijken, noch een hoger niveau van

consumentenbescherming mogen vaststellen. Volgens J. Kessler, aangehaald in voetnoot 10, blz. 716, stelt de richtlijn niet enkel minimumnormen vast, maar staat zij er daarenboven aan in de weg dat de lidstaten regelingen handhaven die in het kader van een gestelde consumentenoriëntatie verder gaan dan de materiële vereisten van de richtlijn en zodoende strengere verplichtingen vaststellen.

45 – Tot de richtlijnen als bedoeld in artikel 3, lid 5, van richtlijn 2005/29, die clausules voor minimale harmonisatie bevatten, behoren: richtlijn 85/577/EEG van de Raad van 20 december 1985 betreffende de bescherming van de consument bij buiten verkooppunten gesloten overeenkomsten (PB L 372, blz. 31); richtlijn 90/314/EEG van de Raad van 13 juni 1990 betreffende pakketreizen, met inbegrip van vakantiepakketten en rondreispakketten (PB L 158, blz. 59); richtlijn 94/47/EG van het Europees Parlement en van de Raad van 26 oktober 1994 betreffende de bescherming van de verkrijger voor wat bepaalde aspecten betreft van overeenkomsten inzake de verkrijging van een recht van deeltijds gebruik van onroerende goederen (PB L 280, blz. 83); richtlijn 97/7/EG van het Europees Parlement en de Raad van 20 mei 1997 betreffende de bescherming van de consument bij op afstand gesloten overeenkomsten (PB L 144, blz. 19); richtlijn 98/6/EG van het Europees Parlement en de Raad van 16 februari 1998 betreffende de bescherming van de consument inzake de prijsaanduiding van aan de consument aangeboden producten (PB L 80, blz. 27); richtlijn 89/552/EEG van de Raad van 3 oktober 1989 betreffende de coördinatie van bepaalde wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen in de lidstaten inzake de uitoefening van televisie-omroepactiviteiten (PB L 298, blz. 23).

46 – Zo ook het toetsingsschema van G. De Cristofaro, aangehaald in voetnoot 10, blz. 12, en F. Henning-Bodewig, aangehaald in voetnoot 10, blz. 631.

47 – Zie o.a. arresten van 1 februari 1977, *Verbond van Nederlandse Ondernemingen* (51/76, *Jurispr.* blz. 113, punt 22); 26 februari 1986, *Marshall* (152/84, *Jurispr.* blz. 723, punt 48); 24 oktober 1996, *Kraaijeveld e.a.* (C-72/95, *Jurispr.* blz. I-5403, punt 55); 17 juni 1999, *Commissie/Italië* (C-336/97, *Jurispr.* blz. I-3771, punt 19); 8 maart 2001, *Commissie/Frankrijk* (C-97/00, *Jurispr.* blz. I-2053, punt 9); 7 mei 2002, *Commissie/Zweden* (C-478/99, *Jurispr.* blz. I-4147, punt 15), en 26 juni 2003, *Commissie/Frankrijk* (C-233/00, *Jurispr.* blz. I-6625, punt 75).

48 – De uitvoering van de richtlijn maakt deel uit van een tweeledige wetgevingsprocedure, waarbij de tweede fase zich op het niveau van het nationale recht afspeelt. Door de materiële uitvoering op het niveau van het nationale recht wordt het in de richtlijn neergelegde recht geconcretiseerd (zie P. Vclouch, aangehaald in voetnoot 28, art. 249, punten 48 en 50, blz. 17 en 18).

49 – Zie arresten van 28 februari 1991, *Commissie/Duitsland* (C-131/88, *Jurispr.* blz. I-825, punt 6); 20 maart 1997, *Commissie/Duitsland* (C-96/95, *Jurispr.* blz. I-1653, punt 35); 15 november 2001, *Commissie-*

sie/Italië (C-49/00, Jurispr. blz. I-8575, punten 21 en 22), en 28 april 2005, Commissie/Italië (C-410/03, Jurispr. blz. I-3507, punt 60). Hierop wijst terecht D. Seichter, aangehaald in voetnoot 33, blz. 1088, in verband met de noodzaak tot omzetting van richtlijn 2005/29 in het Duitse recht.

50 – In die zin M. Ruffert in Calliess/Ruffert (ed.), Kommentar zu EUV/EGV, 3e druk, 2007, art. 249, punt 49, blz. 2135. Volgens vaste rechtspraak moet de uitvoering van een richtlijn daadwerkelijk de volledige toepassing ervan verzekeren. Zie o.a. arresten van 9 september 1999, Commissie/Duitsland (C-217/97, Jurispr. blz. I-5087, punt 31); 16 november 2000, Commissie/Griekenland (C-214/98, Jurispr. blz. I-9601, punt 49), en 11 juli 2002, Marks & Spencer (C-62/00, Jurispr. blz. I-6325, punt 26).

51 – Volgens H. Köhler, „Die UWG-Novelle”, Wettbewerb in Recht und Praxis, 2009, blz. 112, moeten de in §§ 4-6 UWG als voorbeeld gegeven oneerlijke gedragingen worden aangevoerd ter concretisering van het begrip oneerlijkheid in § 3 UWG.

52 – In die zin H. Köhler, H., Wettbewerbsrecht – Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, aangehaald in voetnoot 33, § 3, punt 6, blz. 152; H. Piper, aangehaald in voetnoot 23, § 4, punt 2, blz. 243.

53 – Zie wetsontwerp van de Bondsregering (BT-Drs 15/1487, blz. 18).

54 – Zie het wetsontwerp van de Bondsregering (BT-Drs 15/1487, blz. 17). In die zin ook M. Hecker, aangehaald in voetnoot 42, § 4-6, punt 25, blz. 704, en H. Köhler, Wettbewerbsrecht – Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, aangehaald in voetnoot 34, § 4, punt 6.4, blz. 309.

55 – In die zin S. Charaktiniotis, Die lauterkeitsrechtlichen Zulässigkeitsschranken der Kopplungsangebote nach der Aufhebung der Zugabeverordnung, Frankfurt am Main 2006, blz. 164. Volgens H. Köhler, „Die Bagatellklausel in § 3 UWG”, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, 1/2005, blz. 1, moet door de hierboven genoemde, in § 3 UWG gestelde vereisten de vervolging van „bagatelgevallen” worden uitgesloten.

56 – K. Lenaerts, D. Arts, en I. Maselis, aangehaald in voetnoot 14, punt 5-056, blz. 162, wijzen erop dat de draagwijdte van wetten, verordeningen of overheidsbepalingen beoordeeld moet worden in het licht van de uitlegging die de nationale rechter hieraan toekent. De met het gemeenschapsrecht strokende uitlegging van het nationale recht was het onderwerp van een verzoek om een prejudiciële beslissing van het Duitse Bundesgerichtshof in zaak C-42/95, Siemens/Nold (arrest van 19 november 1996, Jurispr. blz. I-6017), en het Belgische Hof van Beroep te Gent in zaak C-205/07, Gysbrechts (arrest van 16 december 2008, Jurispr. blz. I-00000).

57 – Zie op dit punt mijn conclusie van 4 september 2008, Commissie/Spanje (C-338/06, arrest van 28 december 2008, Jurispr. blz. I-00000, punt 89).

58 – Zie punten 10, 15, 20 en 21 van de verwijzingsbeschikking.

59 – Zie bijvoorbeeld het arrest van het Oberlandesgericht Celle van 10 januari 2008 (Az.: 13 U 118/07). Daarin wijst het Oberlandesgericht erop dat de bewoordingen van § 4, lid 6, UWG in tegenstelling tot § 4, lid 1, UWG uitdrukkelijk niet vereisen dat de beslissingsvrijheid van de consument kan worden beïnvloed. Volgens het Oberlandesgericht is de wetgever er veeleer van uitgegaan dat, wanneer er sprake is van een gedraging in de zin van § 4, lid 6, UWG, in beginsel een dergelijke beïnvloeding aanwezig is.

60 – Volgens H. Köhler, „Die Bagatellklausel in § 3 UWG”, geciteerd in voetnoot 55, blz. 6, die de verwijzende rechter aanhaalt, is de omstandigheid dat aan de deelneming van een prijsvraag of spel de voorwaarde wordt gekoppeld van aankoop van een product of gebruikmaking van een dienst, altijd op een niet-onaanzienlijke wijze ten nadele van de belangen van degenen die hieraan meedoen, aangezien zij worden gedwongen een verder niet geplande aanschaf te doen om te kunnen deelnemen. Op grond hiervan trekt de schrijver de conclusie dat een extra toetsing in hoeverre de mededinging ten nadele van de concurrentie, de consument of de overige marktdeelnemers wordt verstoord, volgens § 3 UWG overbodig is.

61 – Zie punten 9 en 14 van de schriftelijke opmerkingen van de Duitse regering van 14 oktober 2008. Daarin is zij van mening dat „met het stelsel van de richtlijn bijkomende absolute verboden van oneerlijke handelspraktijken verenigbaar zijn” en dat „een nationale regeling die een dergelijke koppeling in het algemeen verbiedt, met de strekking van de richtlijn verenigbaar [is]”.

Hierbij valt op dat deze opmerkingen voor een deel in strijd zijn met de latere schriftelijke uiteenzettingen van de Duitse regering van 19 mei 2009, waarbij zij weer van mening was dat „zowel § 3 UWG in de versie van 3 juli 2004 als ook § 3, leden 1 en 2, UWG in de versie van 22 december 2008 waarborgen dat de toelaatbaarheid van gezamenlijke aanbiedingen in de zin van de op dat tijdstip geldende versie van § 4, lid 6, UWG aan de hand van de omstandigheden van het individuele geval moet worden beoordeeld” (zie punten 15-17). Verder stelde de Duitse regering bij die gelegenheid dat het bij het verbod van verkoopbevorderende maatregelen in § 4 UWG van 3 juli 2004 niet om een algemeen en automatisch geldend verbod zou gaan. Het verbod was veeleer van toepassing onder de voorwaarden van § 3 UWG. Dit veronderstelt een toetsing van de mededingingshandeling aan de hand van de omstandigheden van het individuele geval. Hetzelfde geldt in wezen voor de nieuwe versie van § 3 UWG in het kader van de omzetting van de richtlijn.

62 – R. Lutz, aangehaald in voetnoot 39, blz. 910, stelt eveneens vast dat § 4, lid 6, UWG geen overeenkomst vertoont met de in de richtlijn genoemde voorbeelden. De schrijver vraagt zich daarom af of deze bepaling gehandhaafd kan blijven.

63 – Zie mijn conclusie in de zaak VTB-VAB en Galatea (aangehaald in voetnoot 8, punt 82).

64 – In die zin G. Abbamonte, aangehaald in voetnoot 44, blz. 21 en J. Massaguer, aangehaald in voetnoot 10, blz. 58.

65 – In die zin ook H.-W. Micklitz, aangehaald in voetnoot 10, blz. 308, alsook J. Massaguer, aangehaald in voetnoot 10, blz. 69, die meent dat de definitie van „professionele toewijding” in artikel 2, sub h, van de richtlijn in verband met de toepassing van onduidelijke rechtsbegrippen als de „eerlijke marktpraktijken” en „goede trouw” tot uiteenlopende uitleggingen kan leiden.

66 – J. Glöckner/F. Henning-Bodewig, „EG-Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken: Was wird aus dem ‚neuen‘ UWG?”, *Wettbewerb in Recht und Praxis*, 11/2005, blz. 1323, wijst erop dat de beoordelingsmarge van de lidstaten bij de omzetting van een richtlijn des te groter is naarmate de gemeenschapsrechtelijke vereisten onduidelijker zijn. Gelet op de onduidelijkheid van het begrip oneerlijkheid, zouden de nationale wetgevers wel degelijk nog steeds de vrijheid hebben om bij de omzetting van het algemene verbod overeenkomstig hun tradities de met de goede zeden, goede trouw of fatsoensnormen strijdige handelspraktijken te bestraffen, zolang de invulling van deze begrippen niet van de oneerlijkheid in artikel 5, lid 2, juncto artikel 1, lid 2, sub h, van richtlijn 2005/20 zou afwijken. In gelijke zin H.-W. Micklitz in het kader van het begrip „eerlijke marktpraktijken”, aangehaald in voetnoot 10, blz. 309 e.v. De schrijver spreekt van een speelruimte van de lidstaten waar het gaat om smaak- en fatsoenskwesties.

67 – In zijn conclusie van 14 oktober 2008, *Liga Portuguesa de Futebol Profissional (C-42/07)*, punten 28-33), wijst advocaat-generaal Bot op de maatschappelijke risico's van kans- en gokspelen. Zij kunnen spelers, zoals deze zelf stellen, zo ver drijven dat zij hun economische en gezinssituatie en zelfs hun gezondheid in gevaar brengen. Voorts kunnen kans- en gokspelen wegens de grote bedragen die ermee gemoeid zijn, leiden tot manipulatie door de organisator, die er eventueel voor wil zorgen dat het resultaat van de trekking of van de sportwedstrijd zo veel mogelijk in zijn voordeel uitvalt. Ten slotte kunnen kans- en gokspelen een middel zijn voor het „witwassen” van illegaal verkregen geld.

68 – Zie arresten van 24 maart 1994, *Schindler (C-275/92)*, *Jurispr.* blz. I-1039, punten 57-60); 21 september 1999, *Läärä e.a. (C-124/97)*, *Jurispr.* blz. I-6067, punten 32 en 33); 21 oktober 1999, *Zenatti (C-67/98)*, *Jurispr.* blz. I-7289, punten 30 en 31); 6 november 2003, *Gambelli (C-243/01)*, *Jurispr.* blz. I-12971, punten 60-67), en 6 maart 2007, *Placanica e.a. (C-338/04, C-359/04 en C-360/04)*, *Jurispr.* blz. I-1891, punten 45-49). Zie verder arresten van het EVA-Hof van 14 maart 2007, *EFTA Surveillance Authority/Norway (E-1/06)*, *EFTA Court Report 2007*, punt 34), en 30 mei 2007, *Ladbroke's Ltd./The Government of Norway, Ministry of Culture and Church Affairs and Ministry of Agriculture and Food (E-3/06)*, *EFTA Court Report 2007*, punt 44).

69 – Zie arresten *Schindler* (aangehaald in voetnoot 68, punt 61), *Läärä e.a.* (aangehaald in voetnoot 68, punt 35), *Zenatti* (aangehaald in voetnoot 68, punt 33), *Gambelli* (aangehaald in voetnoot 68, punt 63), en *Placanica e.a.* (aangehaald in voetnoot 68, punt 47). Zie verder arresten van het EVA-Hof, Toezichthoudende Autoriteit van de EVA/Noorwegen (aangehaald in voetnoot 68, punt 29) en *Ladbroke's Ltd./The Government of Norway, Ministry of Culture and Church Affairs and Ministry of Agriculture and Food* (aangehaald in voetnoot 68, punt 42).

70 – Echter niet het economisch belang van de consument. Volgens G. Abbamonte, aangehaald in voetnoot 44, blz. 23, gaat deze regeling uit van de basisveronderstelling dat oneerlijke handelspraktijken in de regel de voorkeuren van de consument verstoren, doordat zij zijn vrijheid respectievelijk zijn vermogen om besluiten te nemen beperken. Als gevolg hiervan zouden consumenten producten kopen die zij niet nodig hadden of die zij anders, zonder die beperking, als minderwaardig hadden beschouwd. Artikel 5, lid 2, sub b, van richtlijn 2005/29 vereist echter geen economische schade voor de consument. Het stellen van een dergelijk vereiste zou volgens de schrijver onevenredig zijn geweest, aangezien hierdoor het niveau van bescherming van de consument binnen de Europese Unie aanzienlijk achteruit zou zijn gegaan.

71 – Zie punt 93 van deze conclusie.

72 – Zie punt 23 van de schriftelijke opmerkingen van de Duitse regering.

73 – Aangehaald in voetnoot 8, punt 83.

74 – G. Abbamonte, aangehaald in voetnoot 44, blz. 21, wijst erop dat de lidstaten de in bijlage I bij richtlijn 2005/29 vervatte uitputtende lijst van verboden handelspraktijken niet zelf mogen verruimen. Indien zij dat wel mochten doen, zou dat ertoe leiden dat de met de richtlijn beoogde maximale harmonisatie wordt omzeild waardoor het doel van de rechtszekerheid niet zou worden verwezenlijkt. Volgens D. von Seichter, aangehaald in voetnoot 33, blz. 1095, moet het § 4, lid 6, UWG geregelde koppelingsverbod worden geschrapt, aangezien het verder gaat dan de in bijlage I vervatte gevallen.

75 – Zo ook 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, blz. 39, die zich ook op punt 18 van de considerans van de richtlijn beroept. Dit punt luidt: „Nationale rechtbanken en autoriteiten moeten, rekening houdend met de jurisprudentie van het Hof van Justitie, hun eigen oordeel volgen om vast te stellen wat de typische reactie van de gemiddelde consument in een bepaald geval is.” Verder is in punt 20 van de considerans sprake van het inschakelen van administratieve of rechterlijke instanties.

76 – Ten gevolge van historische ontwikkelingen en de onderscheiden structuur van de rechtsordes kunnen in de lidstaten van de Gemeenschap verschillende sanctiemechanismen inzake oneerlijke mededinging van toepassing zijn. Tot nog toe heeft het gemeenschaps-

recht de nationale strafbepalingen en procedurevoorschriften slechts puntsgewijze geharmoniseerd en legt het geen bijzonder systeem inzake de bestrijding van oneerlijke handelspraktijken op. Richtlijn 2005/29 doet niet af aan deze gemeenschapsrechtelijke aanvaarding van onderscheiden nationale handhavingssystemen. Het staat dus aan de nationale wetgever om vast te stellen of de bestrijding van oneerlijke handelspraktijken door middel van het bestuursrecht, het strafrecht of het burgerlijk recht geschiedt, wat artikel 11, lid 1, derde alinea, van de richtlijn bevestigt. Daarbij mogen verschillende sanctiemechanismen worden gecombineerd. De nationale wetgever mag eveneens vaststellen of de procedure bij een rechterlijke en/of bij een bestuurlijke instantie moet worden ingesteld (zie C. Alexander, „Die Sanktions- und Verfahrensvorschriften der Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken im Binnenmarkt – Umsetzungsbedarf in Deutschland?“, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht*, 2005, nr. 10, blz. 810, en J. Massaguer, aangehaald in voetnoot 10, blz. 144).

77 – J. Stuyck, aangehaald in voetnoot 36, blz. 170, wijst erop dat richtlijn 2005/29 een op het concrete geval toegespitst onderzoek van de oneerlijkheid van een handelspraktijk vereist. Hij betoogt dan ook dat een nationale regeling die een principieel verbod van bepaalde vormen van verkoopbevordering – zoals verkoop met verlies, winstkansen, bonnen, opruimingsuitverkoop, enzovoort – vaststelt of op abstracte wijze regelt, zonder de rechter de bevoegdheid te verlenen om van geval tot geval te beoordelen of de betrokken handelspraktijk als oneerlijk jegens de consument moet worden aangemerkt, in het licht van richtlijn 2005/29 niet langer kan worden gehandhaafd.

78 – In die zin A. Bloß, „Zum Kopplungsverbot für Preisausschreiben und Gewinnspielen“, *Zeitschrift für Medien- und Kommunikationsrecht*, nr. 5, 2008, blz. 487. Zij meent dat volgens de richtlijn een individuele toetsing met name op het punt van de wezenlijkheid moet geschieden. Indien de gemeenschapswetgever de combinatie van spel en koop had willen verbieden, had het meer voor de hand gelegen dit verbod expliciet in bijlage I bij de richtlijn op te nemen. Volgens haar kan een combinatie van spel en koop niet in beginsel en per se het koopgedrag wezenlijk verstoren. § 4, lid 6, UWG staat echter geen individuele beoordeling per geval toe, hetgeen de oneerlijkheidsvereisten van de richtlijn wel zouden toestaan. Volgens S. Leible, „BGH: Vereinbarkeit des deutschen Gewinnspiel-Kopplungsverbots mit der EG-Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken“, *Lindenmaier-Möhring Kommentierte BGH-Rechtsprechung*, 2008, 269263, zou het, indien de gemeenschapswetgever een verbod als zodanig voor combinaties van prijsvragen en spelen had willen vaststellen, en wel ongeacht of de consument als gevolg daarvan op niet-objectieve wijze wordt beïnvloed, meer voor de hand hebben gelegen prijsvragen en spelen die aan de koop van een product zijn verbonden, als een onder alle omstandigheden als oneerlijk geldende handelspraktijk in bijlage I bij richtlijn 2005/29 op te nemen.

79 – Volgens P. Craig/G. De Búrca, *EU Law*, 4e druk, Oxford 2008, blz. 492, is het Hof krachtens artikel 234 EG weliswaar bevoegd het Verdrag uit te leggen, doch is het niet expliciet bevoegd om het op het hoofdgeding toe te passen. De afbakening tussen de uitlegging en de toepassing laat de bevoegdheidsverdeling zien tussen het Hof en de nationale rechter. Op grond hiervan legt het Hof het Verdrag uit en past de nationale rechter deze uitlegging op het concrete geval toe.

80 – Zie punt 10 van de schriftelijke opmerkingen van de Spaanse regering.

81 – In die zin ook D. Seichter, „EuGH-Vorlage zum Kopplungsverbot („Millionen-Chance“)“, *juris Praxis-Report Wettbewerbs- und Immaterialgüterrecht*, 8/2008, opmerking 2.

82 – Voorstel van de Commissie voor een verordening betreffende de verkoopbevordering in de interne markt van 15 januari 2002, COM(2001) 546 def.

83 – Gewijzigd voorstel van de Commissie voor een verordening van het Europees Parlement en de Raad betreffende de verkoopbevordering in de interne markt van 25 oktober 2002, COM(2002) 585 def.

84 – Zie punten 18-21 van de schriftelijke opmerkingen van de Duitse regering.

85 – Zie mijn uiteenzetting over deels soortgelijke argumenten van de Belgische en Franse regering in mijn conclusie in de zaak VTB-VAB en Galatea (hierboven aangehaald in voetnoot 8, punt 91).

86 – Uit het wetsontwerp van de Bondsregering (BT-Drs. 15/1487, blz. 12) blijkt dat zij ervan op de hoogte was dat in die tijd bij de organen van de Europese Gemeenschap twee voorstellen inzake het mededingingsrecht werden uitgewerkt. Daarbij ging het in de eerste plaats om een na bemoeienissen van het Europees Parlement gewijzigd voorstel voor een verordening betreffende de verkoopbevordering in de interne markt, die, zoals de Bondsregering stelt, „door [haar] en de meeste andere lidstaten wordt afgewezen“. Anderzijds verwijst de Bondsregering naar een ontwerp van een kaderrichtlijn die, zoals zij stelt, „meer aan de ideeën van de Bondsregering tegemoetkomt“.

87 – Zie mijn conclusie van 13 september 2007 in de zaak Commissie/Luxemburg (C-319/06, arrest van 19 juni 2008, *Jurispr.* blz. I-4323, punt 45), waarin ik het standpunt heb ingenomen dat een regering, gezien haar positie als grondwettelijke vertegenwoordigster van een in de Raad vertegenwoordigde lidstaat, niet kan ontkennen dat zij op de hoogte was van de uitleggende verklaringen die door dit orgaan in het kader van de wetgevingsprocedure zijn afgelegd.

88 – Arresten van 1 maart 1983, *Commissie/België* (301/81, *Jurispr.* blz. 467, punt 11), en 23 november 2000, *Commissie/Frankrijk* (C-319/99, *Jurispr.* blz. I-10439, punt 10).

89 – Het besluit van de Commissie om haar voorstel voor de verordening in te trekken, werd in PB 2006, C 64, blz. 3 bekendgemaakt. Weliswaar had de Commissie dit besluit echter reeds aangekondigd in haar mededeling „Resultaat van de screening van wetgevingsvoorstellen die bij de wetgever hangende zijn“, COM(2005) 462 def., blz. 10, van 27 september 2005.

90 – Zo ook J. Stuyck, aangehaald in voetnoot 36, blz. 161, die het vermoeden oppert dat verscheidene lidstaten blijkbaar niet hadden begrepen dat de in het ingetrokken voorstel voor een verordening vervatte regelingen inzake de verhouding tussen de ondernemer en de consument, uiteindelijk toch weer door richtlijn 2005/29 (gezien de doelstelling van volledige harmonisatie) werden opgevangen.

91 – Zie punten 81-83 van deze conclusie.

---