Rättsfallssamlingen

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
MANUEL CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA
föredraget den 31 maj 2018 [1]

**Förenade målen C-54/17 och C-55/17**

**Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato**
**mot**
**Wind Tre SpA, tidigare Wind Telecomunicazioni SpA**
**och**
**Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato**
**mot**
**Vodafone Italia SpA, tidigare Vodafone Omnitel NV. Intervenienter:**
**Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni,**
**Altroconsumo,**
**Vito Rizzo,**
**Telecom Italia SpA**

(begäran om förhandsavgörande från Consiglio di Stato (Högsta förvaltningsdomstolen, Italien))

”Begäran om förhandsavgörande – Konsumentskydd – Otillbörliga affärsmetoder – Aggressiva affärsmetoder – Leverans utan föregående beställning – Direktiv 2005/29/EG – Artikel 3.4 – Tillämpningsområde – Teletjänster – Direktiv 2002/21/EG – Direktiv 2002/22/EG – Förinställning av tjänster på ett SIM-kort utan att informera konsumenten”

1. I unionsrätten finns ett *allmänt* system för att skydda konsumenter mot otillbörliga affärsmetoder som tillämpas av näringsidkare, vilket kommer till uttryck i direktiv 2005/29/EG [2] och andra *sektorspecifika* normativa instrument som skyddar konsumenternas intressen inom vissa enskilda delar av marknaden.

2. Ett av de sektorspecifika instrumenten är direktiv 2002/22/EG, [3] vilket skyddar rättigheterna för användare av kommunikationstjänster. Sambandet mellan dessa sektorspecifika bestämmelser och de allmänna bestämmelserna [4] om konsumentskydd är inte helt oproblematiskt. För att komma till rätta med detta är den regel som införts genom direktiv 2005/29 att bestämmelserna i det direktivet inte ska tillämpas om de står i strid med andra unionsrättsliga bestämmelser som reglerar konkreta aspekter av otillbörliga affärsmetoder.

1 Originalspråk: spanska.

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

3 Europaparlamentets och rådets direktiv 2002/22/EG av den 7 mars 2002 om samhällsomfattande tjänster och användares rättigheter avseende elektroniska kommunikationsnät och kommunikationstjänster (EGT L 108, 2002, s. 51) i dess lydelse enligt Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/136/EG av den 25 november 2009 (EUT L 337, 2009, s. 11) (direktiv om samhällsomfattande tjänster).

4 Förutom skyddet mot otillbörliga affärsmetoder som tillämpas av näringsidkare, kan konsumenterna omfattas av det skydd som andra direktiv ger, som direktiven om distansavtal eller om oskäliga villkor i avtal som de ingår.

3. I de tvister som har föranlett förevarande mål om förhandsavgörande ska det avgöras vilket regelverk som ska tillämpas på saluföringen av mobiltelefoner vars SIM-kort[5] innehåller vissa förinställda tjänster som konsumenterna inte hade informerats om vid försäljningstillfället.

4. Den hänskjutande domstolen undrar i detta sammanhang i korthet följande: a) Huruvida detta agerande mot bakgrund av direktiv 2005/29 utgör en ”leverans utan föregående beställning” eller en ”aggressiv affärsmetod”. b) Huruvida villkoren för att med företräde tillämpa *andra* unionsrättsliga bestämmelser är uppfyllda, i enlighet med artikel 3.4 i direktivet. c) Huruvida de nationella bestämmelser som har antagits inom ramen för de befogenheter som medlemsstaterna har enligt unionsrätten kan likställas med sådana bestämmelser.

## I. Tillämpliga bestämmelser

### A. Unionsrätt

#### *1. Direktiv 2005/29*

5. Artikel 2 har följande lydelse:

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

…

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

…

j) *otillbörlig påverkan*: utnyttjande av en maktställning i förhållande till konsumenten för att utöva påtryckning, även utan fysiskt våld eller hot om sådant, på ett sätt som avsevärt inskränker konsumentens förmåga att fatta ett välgrundat beslut.

…”

6. Artikel 3 har följande lydelse:

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

…

4. Om bestämmelserna i detta direktiv står i strid med andra [unions]bestämmelser som reglerar specifika aspekter av otillbörliga affärsmetoder, skall de senare ha företräde och tillämpas på dessa specifika aspekter.

…”

5 SIM är en engelsk förkortning för *subscriber identity module* (modul för att identifiera abonnenten).

7. I artikel 5 anges följande:

”1. Otillbörliga affärsmetoder skall vara förbjudna.

2. En affärsmetod skall vara otillbörlig om den

a) strider mot god yrkessed,

och

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

…

4. Affärsmetoder skall anses otillbörliga om de

a) är vilseledande enligt artiklarna 6 och 7,

eller

b) aggressiva enligt artiklarna 8 och 9.

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

8. I artikel 7.1 föreskrivs följande:

”En affärsmetod skall anses vara vilseledande om den, i sitt sammanhang och med beaktande av alla dess särdrag och omständigheterna kring den samt av kommunikationsmediets begränsningar, innebär att näringsidkaren underlåter att lämna väsentlig information som genomsnittskonsumenten, beroende på sammanhanget, behöver för att fatta ett välgrundat affärsbeslut och därigenom medför, eller sannolikt kommer att medföra, att genomsnittskonsumenten fattar ett affärsbeslut som denne annars inte skulle ha fattat.”

9. I artikel 8 föreskrivs följande:

”En affärsmetod skall anses vara aggressiv om den, i sitt sammanhang och med beaktande av alla dess särdrag och av omständigheterna kring den, genom trakasseri, tvång, inbegripet fysiskt våld, eller otillbörlig påverkan avsevärt inskränker eller som sannolikt kommer att avsevärt inskränka genomsnittskonsumentens valfrihet eller handlande avseende produkten och därigenom medför eller sannolikt kommer att medföra att konsumenten fattar ett affärsbeslut som denne annars inte skulle ha fattat.”

10. I artikel 9 föreskrivs vilka aspekter som ska beaktas ”[n]är det skall fastställas om en affärsmetod innebär trakasseri, tvång, inbegripet fysiskt våld, eller otillbörlig påverkan”.

11. I bilaga I finns en uppräkning av ”[a]ffärsmetoder som under alla omständigheter är otillbörliga”. I punkt 29 i bilagan anges följande:

”Kräva omedelbar eller uppskjuten betalning för eller återsändande eller förvaring av produkter som näringsidkaren tillhandahållit men som konsumenten inte beställt (leverans utan föregående beställning) utom om produkten är en sådan ersättning som tillhandahållits i överensstämmelse med artikel 7.3 i direktiv 97/7/EG.”

### *2. Direktiv 2002/21/E*[6]

12. Artikel 1.1 har följande lydelse:

”Genom detta direktiv inrättas ett harmoniserat regelverk för elektroniska kommunikationstjänster, elektroniska kommunikationsnät, tillhörande faciliteter och tillhörande tjänster. I detta direktiv fastställs uppgifter för nationella regleringsmyndigheter och inrättas en rad förfaranden som syftar till att åstadkomma en harmoniserad tillämpning av regelverket inom hela [unionen].”

13. I artikel 2 g definieras begreppet ”nationell regleringsmyndighet” på följande vis:

”… ett eller flera organ som av en medlemsstat har fått i uppdrag att utföra någon av de regleringsuppgifter som fastställs i detta direktiv och i särdirektiven”.[7]

14. Artikel 3 har följande lydelse:

”1. Medlemsstaterna skall säkerställa att alla uppgifter som åvilar de nationella regleringsmyndigheterna enligt detta direktiv och enligt särdirektiven fullgörs av ett behörigt organ.

2. Medlemsstaterna skall garantera sina respektive nationella regleringsmyndigheters oberoende genom att säkerställa att de är rättsligt åtskilda från och verksamhetsmässigt oberoende av alla organisationer som tillhandahåller nät, utrustning eller tjänster för elektronisk kommunikation. …

…

4. Medlemsstaterna skall säkerställa att de uppgifter som skall utföras av de nationella regleringsmyndigheterna offentliggörs i lätt åtkomlig form, i synnerhet när sådana uppgifter ges till fler än ett organ. …

5. De nationella regleringsmyndigheterna och de nationella konkurrensmyndigheterna skall förse varandra med den information som krävs för tillämpningen av bestämmelserna i detta direktiv och i särdirektiven. …

6. Medlemsstaterna skall till kommissionen anmäla alla nationella regleringsmyndigheter som tilldelas uppgifter enligt detta direktiv och särdirektiven samt deras respektive ansvarsområden.”

6 Europaparlamentets och rådets direktiv 2002/21/EG av den 7 mars 2002 om ett gemensamt regelverk för elektroniska kommunikationsnät och kommunikationstjänster (ramdirektiv) (EGT L 108, 2002, s. 33).

7 Enligt artikel 2 l) är direktivet om samhällsomfattande tjänster ett av dessa särdirektiv.

### *3. Direktivet om samhällsomfattande tjänster*

15. I artikel 1 föreskrivs följande:

”1. Inom ramen för … (ramdirektivet) avser detta direktiv tillhandahållande av elektroniska kommunikationsnät och kommunikationstjänster till slutanvändare. Målet är att genom effektiv konkurrens och valmöjligheter säkerställa att det i hela [unionen] finns tillgång till allmänt tillgängliga tjänster av god kvalitet och hantera situationer där slutanvändares behov inte tillgodoses på ett tillfredsställande sätt av marknaden. …

2. I detta direktiv fastställs slutanvändares rättigheter och motsvarande skyldigheter för företag som tillhandahåller allmänt tillgängliga elektroniska kommunikationsnät och kommunikationstjänster. …

…

4. Bestämmelserna i detta direktiv med avseende på slutanvändarnas rättigheter ska tillämpas utan att det påverkar [unionens] regler om konsumentskydd, särskilt direktiven 93/13/EEG[8] och 97/7/EG,[9] samt nationella regler i överensstämmelse med [unions]rätten.”

16. I artikel 20 föreskrivs följande:

”1. Medlemsstaterna ska säkerställa att konsumenter, som abonnerar på tjänster som ger anslutning till ett allmänt kommunikationsnät och/eller allmänt tillgängliga elektroniska kommunikationstjänster och andra slutanvändare som begär detta har rätt till ett avtal med ett eller flera företag som tillhandahåller sådan anslutning och/eller sådana tjänster. I avtalet ska åtminstone följande anges, i en tydlig, heltäckande och lättillgänglig form:

a) Företagets namn och adress.

b) Tillhandahållna tjänster …

…

d) Detaljerade uppgifter om priser och taxor …

…”

17. Artikel 21.1 har följande lydelse:

”Medlemsstaterna ska se till att nationella regleringsmyndigheter kan ålägga företag som tillhandahåller allmänna elektroniska kommunikationsnät och/eller allmänt tillgängliga elektroniska kommunikationstjänster att offentliggöra tydlig, jämförbar, adekvat och aktuell information om gällande priser och taxor, eventuella avgifter som ska betalas vid uppsägning av ett avtal och information om standardvillkor för tillgång till och användning av deras tjänster som tillhandahålls slutanvändare och konsumenter i enlighet med bilaga II. Sådan information ska offentliggöras i en tydlig, heltäckande och lättillgänglig form. …”

8 Europaparlamentets och rådets direktiv av den 5 april 1993 om oskäliga villkor i konsumentavtal (EGT L 95, 1993, s. 29; svensk specialutgåva område 15, volym 12, s. 169).

9 Europaparlamentets och rådets direktiv 97/7/EG av den 20 maj 1997 om konsumentskydd vid distansavtal (EGT L 144, 1997, s. 19), i dess lydelse enligt Europaparlamentets och rådets direktiv 2002/65/EG av den 23 september 2002 (EGT L 271, 2002, s. 16).

## B. Nationell rätt Lagstiftningsdekret nr 206 av den 6 september 2005[10]

18. I artikel 19.3 föreskrivs följande:

”Vid motstridighet ska bestämmelserna i direktiven eller andra [unionsrättsliga] bestämmelser och i de nationella införlivandebestämmelser som reglerar specifika aspekter av otillbörliga affärsmetoder, ges företräde framför bestämmelserna i denna avdelning och tillämpas på de specifika aspekterna.”

19. Artikel 27.1 har följande lydelse:

”Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato[11] ska ha den behörighet som föreskrivs i denna artikel även som behörig myndighet för tillämpning av Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 2006/2004 av den 27 oktober 2004 om samarbete mellan de nationella tillsynsmyndigheter som ansvarar för konsumentskyddslagstiftningen[12] inom gränserna för vad lagen föreskriver.”

20. I artikel 27.1 bis föreskrivs följande:

”[ä]ven i reglerade branscher … har … [AGCM] på grundval av förevarande artikel och efter inhämtande av utlåtande från behörig tillsynsmyndighet … exklusiv behörighet att vidta åtgärder mot näringsidkares agerande som utgör en inkorrekt affärsmetod”.

21. Avdelning III (”Slutanvändares rättigheter”) i lagen om elektronisk kommunikation (codice delle comunicazioni elettroniche)[13] innehåller en rad bestämmelser om konsumentskydd i den särskilda sektorn för kommunikation samt tilldelar Autorità per le garanzie nelle comunicazioni[14] motsvarande befogenheter att fastställa regler och besluta om påföljder.

## II. Bakgrund

22. AGCM ålade bolagen Wind Telecomunicazioni (nu Wind Tre) och Vodafone Omnitel (nu Vodafone Italia) böter för att de använt sig av en aggressiv affärsmetod som bestod i att bolagen saluförde SIM-kort med förinställda tjänster[15] som konsumenterna inte hade informerats om.

23. Tribunale amministrativo regionale del Lazio (Regionala förvaltningsdomstolen i Lazio, Italien), till vilken de båda företagen hade överklagat AGCM:s beslut, biföll deras överklagande och slog fast att den myndigheten inte var behörig att beivra ett agerande (tillhandahållande av tjänster utan föregående beställning) inom ett område där AGCom har exklusiv behörighet att besluta om påföljder.

24. AGCM överklagade domen i första instans till Consiglio di Stato (Högsta förvaltningsdomstolen, Italien), sjätte avdelningen, som beslutade att vilandeförklara målet och hänskjuta frågor om detta till plenum.

10 Decreto Legislativo 6 settembre 2005, n. 206. Codice del consumo, a norma dell’articolo 7 della legge 29 luglio 2003, n. 229 (lagstiftningsdekret om godkännande av ”konsumentlagen enligt artikel 7 i lag nr 229 av den 29 juli 2003” (GURI nr 235 av den 8 oktober 2005) (konsumentlagen).

11 Den italienska konkurrensmyndigheten (nedan kallad AGCM).

12 EUT L 364, 2004, s. 1.

13 Lagstiftningsdekret nr 259 av den 1 augusti 2003 (GURI nr 214 av den 15 september 2003) som bland annat införlivar ramdirektivet och direktivet om samhällsomfattande tjänster.

14 Tillsynsmyndigheten för kommunikationer (nedan kallad AGCom)

15 I besluten att begära förhandsavgörande används uttrycken *”servizi preimpostati”* för att beteckna de funktioner som fanns på SIM-korten och som användaren senare skulle *aktivera* genom att vidta de åtgärder som krävdes, för att kunna använda sig av dem. Därför kan de även kallas för *föraktiverade* tjänster.

25. Consiglio di Stato (Högsta förvaltningsdomstolen) slog i plenidom av den 9 februari 2016 fast att AGCM har behörighet. Den fann i korthet följande:

– Agerandet i fråga utgjorde en ”affärsmetod som under alla omständigheter är aggressiv”, enligt artikel 26 i konsumentlagen.

– Även om detta agerande bestod i en försummelse av skyldigheter enligt branschspecifika bestämmelser (som lagen om elektronisk kommunikation), var det i ifrågavarande fall fråga om en ”specialsituation till följd av upptrappning av skadliga ageranden”. Situationen bestod inledningsvis enbart i ett åsidosättande av informationsskyldigheter, men utvecklades senare till en mer allvarlig och mer omfattande överträdelse av konkurrenslagstiftningen i konsumentlagen, enligt vilken AGCM har behörighet att besluta om påföljder.

26. Consiglio di Stato (Högsta förvaltningsdomstolen) i plenum kom fram till denna slutsats genom att göra en tolkning av specialitetsprincipen som skiljde sig från tidigare nationell rättspraxis. Nämnda domstol motiverade denna nya tolkning med att specialitetsprincipen krävde detta enligt direktiv 2005/29, och att kommissionen hade gjort gällande att principen hade åsidosatts i en talan om fördragsbrott som hade väckts mot Republiken Italien.

27. Efter att målet återförvisats till sjätte avdelningen på Consiglio di Stato (Högsta förvaltningsdomstolen) har nämnda avdelning beslutat att hänskjuta samma tolkningsfrågor till Europeiska unionens domstol i båda målen.

## III. Tolkningsfrågor

28. Tolkningsfrågorna har följande lydelse:

”1) Utgör artiklarna 8 och 9 i [direktiv 2005/29] hinder för att tolka motsvarande nationella införlivandebestämmelser (vilka utgörs av artiklarna 24 och 25 i codice del consumo [konsumentlagen]) så, att ett agerande av en telefonoperatör som består i en underlåtenhet att informera om att vissa tjänster (till exempel telefonsvarare eller internetanvändning) är förinställda på SIM-kortet, och detta i synnerhet i en situation där telefonoperatören inte kan hållas ansvarig för något ytterligare och särskilt materiellt agerande, ska klassificeras som ’otillbörlig påverkan’ och därmed som en ’aggressiv affärsmetod’ som sannolikt kommer att ’avsevärt’ inskränka genomsnittskonsumentens valfrihet eller handlande?

2) Ska punkt 29 i bilaga I till direktiv 2005/29/EG … tolkas så, att det är fråga om en ’leverans utan föregående beställning’ när en mobiloperatör tar ut en avgift av sin kund för telefonsvarar- eller internetanvändningstjänster i en situation som kännetecknas av att

   – telefonoperatören vid tecknandet av mobiltelefonavtalet inte har gett konsumenten korrekt information om att telefonsvarar- eller internetanvändningstjänsterna är förinställda på SIM-kortet, vilket innebär att nämnda tjänster potentiellt kan utnyttjas av konsumenten utan någon särskild inställning (setting),

   – konsumenten för att faktiskt kunna utnyttja dessa tjänster under alla omständigheter måste utföra erforderliga moment (till exempel knappa in telefonsvararens nummer eller välja de kommandon som aktiverar internetanvändningen),

   – operatören inte hålls ansvarig för dels den teknik och de funktioner med hjälp av vilka tjänsterna konkret utnyttjas av konsumenten, dels informationen om nämnda teknik och funktioner, dels kostnaden för tjänsterna, utan enbart för den ovannämnda underlåtenheten att informera om att tjänsterna är förinställda på SIM-kortet?

3) Utgör syftet med det ’allmänna’ direktivet 2005/29/EG, det vill säga att fungera som ’skyddsnät’ för konsumentskyddet, samt skäl 10 och artikel 3.4 i nämnda direktiv hinder för ett nationellt regelverk enligt vilket bedömningen huruvida de särskilda skyldigheter till skydd för användarna som föreskrivs i det branschspecifika direktivet 2002/22/EG har iakttagits omfattas av tillämpningsområdet för det allmänna direktivet 2005/29/EG om otillbörliga affärsmetoder, vilket resulterar i att myndigheten som har behörighet att vidta åtgärder mot åsidosättande av det branschspecifika direktivet hindras från att ingripa i alla situationer där det även är fråga om en inkorrekt eller otillbörlig affärsmetod?

4) Ska specialitetsprincipen, som är fastställd i artikel 3.4 i direktiv 2005/29/EG tolkas så, att den utgör en princip som reglerar förhållandena mellan regelverk (allmänt regelverk och branschspecifikt regelverk), förhållandena mellan bestämmelser (allmänna bestämmelser och specialbestämmelser) eller förhållandena mellan myndigheter som ansvarar för reglering och tillsyn över respektive branscher?

5) Kan bestämmelser anses ’[stå] i strid’ i den mening som avses i artikel 3.4 i direktiv 2005/29/EG endast vid grundläggande motstridighet mellan bestämmelserna i lagstiftningen om inkorrekta affärsmetoder och andra unionsrättsliga bestämmelser som reglerar branschspecifika aspekter av affärsmetoder, eller räcker det att ifrågavarande bestämmelser innehåller ett regelverk som avviker från lagstiftningen om inkorrekta affärsmetoder med hänsyn till branschens specifika karaktär så till den grad att det uppstår en kollision mellan bestämmelser (Normenkollision) i förhållande till en och samma konkreta situation?

6) Hänvisar begreppet ’[unions-]bestämmelser’ i artikel 3.4 i direktiv 2005/29/EG endast till bestämmelserna i unionens förordningar och direktiv samt bestämmelserna för direkt införlivande av dessa, eller omfattar det även nationella lagar och författningar som genomför unionsrättsliga principer?

7) Utgör specialitetsprincipen som är fastställd i skäl 10 och artikel 3.4 i direktiv 2005/29/EG, artiklarna 20 och 21 i direktiv 2002/22/EG och artiklarna 3 och 4 i direktiv 2002/21/EG hinder för en tolkning av motsvarande nationella införlivandebestämmelser enligt vilken den allmänna lagstiftningen om inkorrekta affärsmetoder alltid ska tillämpas varje gång det i en reglerad bransch – som kännetecknas av branschspecifika ’konsumentregler’ och där den branschspecifika myndigheten har tilldelats behörighet att fastställa regler och besluta om påföljder – konstateras ett agerande som omfattas av begreppet ’aggressiva affärsmetoder’ enligt artiklarna 8 och 9 i direktiv 2005/29/EG eller begreppet ’affärsmetoder som under alla omständigheter är otillbörliga’ enligt bilaga I till direktiv 2005/29/EG, och detta även när det föreligger en branschlagstiftning om konsumentskydd som grundar sig på unionsrättsliga bestämmelser och helt och hållet reglerar samma ’aggressiva affärsmetoder’, ’affärsmetoder som under alla omständigheter är aggressiva’ eller under alla omständigheter ’inkorrekta affärsmetoder’?”

## IV. Förfarandet vid EU-domstolen

29. Respektive begäran om förhandsavgörande i de båda målen registrerades vid domstolens kansli den 1 februari 2017 och domstolen beslutade att förena de båda målen.

30. Skriftliga yttranden har inkommit från Wind Tre, Vodafone Italia, Telecom Italia, den italienska regeringen och kommissionen, vilka även medverkade vid den muntliga förhandlingen den 8 mars 2018.

## V. Bedömning

### A. Inledande överväganden

31. Även om ingen av parterna har ifrågasatt det, vill jag erinra om att EU-domstolen har slagit fast att sjätte avdelningen vid Consiglio di Stato har rätt att framställa en begäran om förhandsavgörande i vilken den inte nödvändigtvis delar den uppfattning som har lagts fast i ett pleniavgörande vid samma domstol. [16]

32. Vad beträffar tvisten i sak är samtliga parter eniga om att de sju frågor som den hänskjutande domstolen har ställt kan slås samman till två:

– Den första (frågorna 1 och 2) syftar till att få klarlagt huruvida telefonoperatörernas agerande kan anses utgöra en ”leverans utan föregående beställning” eller en ”aggressiv affärsmetod” enligt direktiv 2005/29.

– Med den andra frågan (frågorna 3–7) vill den hänskjutande domstolen få klarlagt huruvida det följer av artikel 3.4 i direktiv 2005/29 att bestämmelserna i det sistnämnda direktivet ska lämna företräde åt andra unionsrättsliga bestämmelser och eventuellt åt nationella bestämmelser som har antagits för att genomföra dessa.

### B. Begreppen ”aggressiv affärsmetod” och ”leverans utan föregående beställning” (frågorna 1 och 2)

33. Det bör till att börja med klarläggas huruvida det omtvistade agerandet utgör en ”otillbörlig affärsmetod” som är förbjuden enligt artikel 5.1 i direktiv 2005/29. [17]

#### *1. Sammanfattning av parternas ståndpunkter*

34. Wind Tre har beträffande den första frågan gjort gällande att mot bakgrund av artiklarna 2 j, 8 och 9 i direktiv 2005/29, kan det som enligt Wind Tre bara är ett ”utelämnande av information” om förinställda tjänster på ett SIM-kort inte betecknas som en ”aggressiv affärsmetod”.

35. Vad beträffar den andra frågan har Wind Tre gjort gällande att punkt 29 i bilaga I till direktiv 2005/29 inte är tillämplig, eftersom användaren måste företa vissa handlingar för att få tillgång till tjänsterna. Vidare menar Wind Tre att det inte har riktats någon kritik mot förinställningen av tjänsterna som sådan, och att det heller inte har ifrågasatts om informationen om tjänsternas förekomst, former och pris i sig är lämplig.

36. Vodafone Italia anser inte att en underlåtenhet som utgörs av ett saluförande av SIM-kort med förinställda bastjänster, som konsumenten debiteras för och som han eller hon använder medvetet och frivilligt, är att betrakta som en ”aggressiv affärsmetod”. Det finns inte heller några faktiska omständigheter som visar att det skulle ha förekommit omotiverade påtryckningar eller påverkan.

16 Dom av den 5 april 2016, PFE (C-689/13, EU:C:2016:199), punkt 36, där domstolen slog fast att ett förhandsavgörande får begäras när en ”avdelning vid en domstol som dömer i sista instans – beträffande en fråga som avser tolkningen eller giltigheten av unionsrätten – … inte delar den uppfattning som lagts fast genom ett pleniavgörande från samma domstol”.

17 Det är ställt utom tvivel att det agerande som är föremål för prövning i förevarande mål är en ”affärsmetod” i den mening som avses i artikel 2 d i direktiv 2005/29. Jag anser inte att det är nödvändigt att gå närmare in på skälen till detta, eftersom det följer av domstolens praxis att det direktivet har ett synnerligen vitt materiellt tillämpningsområde, vilket framgår av de fall som generaladvokaten Saugmandsgaard Øe nämner i sitt förslag till avgörande i målet Dyson (C-632/16, EU:C:2018:95), punkt 75, fotnot 23.

37. Telecom Italia har beträffande den första frågan anfört att en ”aggressiv affärsmetod” innebär att näringsidkaren företar åtgärder som inte enbart utgörs av handlingar eller underlåtenhet rörande information och i syfte att påverka viljan hos en genomsnittlig konsument och få honom eller henne att fatta affärsmässiga beslut utan att vara övertygad om att de är till fördel för honom eller henne. Således kan inte enbart ett utelämnande av väsentlig information från en näringsidkares sida betecknas som ”otillbörlig påverkan”.

38. Beträffande den andra frågan har Telecom Italia gjort gällande att det under omständigheter som dem i förevarande mål inte kan anses föreligga ”leverans utan föregående beställning”.

39. Den italienska regeringen har föreslagit att den första och den andra frågan ska prövas gemensamt och att det ska ske på grundval av den rättsliga kvalificering av de faktiska omständigheterna som AGCM har gjort. Enligt den italienska regeringen anges det i direktiv 2005/29 tillräckligt tydligt vad som ska anses utgöra aggressiva affärsmetoder. Sådana metoder karaktäriseras inte bara av att de påverkar möjligheterna för konsumenten att skaffa sig sådana kunskaper att han eller hon kan fatta ett välunderbyggt beslut, utan framför allt av att de tenderar att få konsumenten att känna sig tvingad.

40. Enligt den italienska regeringen krävs det att vissa funktionella och strukturella villkor är uppfyllda för att det ska anses föreligga aggressiva affärsmetoder. Ett av dessa villkor är att det föreligger otillbörlig påverkan, i den mening som avses i artikel 2 j i direktiv 2005/29, vilket kan vara fallet om företaget medvetet använder sig av asymmetrisk information till egen fördel.

41. Enligt den italienska regeringen kan en avsaknad av information vid en försäljning av SIM-kort inte likställas med en sådan underlåtenhet att informera som avses i artikel 7 i direktiv 2005/29 (vilseledande affärsmetod). Det saknar betydelse att det inte följts av något konkret agerande från företagets sida, eftersom det tack vare förinställningen av tjänsterna inte krävs något sådant för att det ”beteende” som tidigare har definierats som ”utnyttjande av maktställning” ska anses föreligga.

42. Kommissionen har medgett att det i förevarande fall föreligger en ”leverans utan föregående beställning”, enligt punkt 29 i bilaga I till direktiv 2005/29. Det klandervärda beteendet utgörs inte i första hand av att företagen har tillhandahållit konsumenten vissa tjänster som denne kunde välja att aktivera eller inte, utan att ha förinställt – det vill säga i praktiken ha påtvingat konsumenten – dessa tjänster utan att informera konsumenten på ett klart och lämpligt sätt.

43. Mot bakgrund av detta anser kommissionen att det vore meningslöst att besvara den första frågan. Kommissionen menar emellertid i andra hand att vid en prövning av huruvida beteendet är att betrakta som en aggressiv affärsmetod, i den mening som avses i artiklarna 8 och 9 i direktiv 2005/29, ska inte bara de faktorer som nämns i den sistnämnda artikeln beaktas, utan samtliga relevanta faktorer i målet, vilket det ankommer på den nationella domstolen att göra.

### *2. Bedömning*

44. Jag anser att det är lämpligt att behandla den hänskjutande domstolens frågor i omvänd ordning och börja med att undersöka huruvida det omtvistade beteendet är att betrakta som en ”leverans utan föregående beställning”. Om så vore fallet skulle ett av de två villkoren vara uppfyllt för att beteendet ”under alla omständigheter skall betraktas som [otillbörligt]”, för att använda sig av formuleringen i artikel 5.5 i direktiv 2005/29, i vilken det hänvisas till förteckningen (svarta listan) över affärsmetoder i bilaga I. Om leverantören dessutom på ett rättsstridigt sätt skulle kräva betalning för denna tjänst, skulle det andra villkoret i den förteckningen vara uppfyllt, vilket skulle innebära att det inte behöver prövas huruvida detta beteende omfattas av andra bestämmelser i direktiv 2005/29.

### *a) Begreppet ”leverans utan föregående beställning”*

45. Att ”[k]räva omedelbar eller uppskjuten betalning för eller återsändande eller förvaring av produkter som näringsidkaren tillhandahållit men som konsumenten inte beställt (leverans utan föregående beställning) …” utgör enligt punkt 29 i bilaga I till direktiv 2005/29 ”under alla omständigheter” en otillbörlig affärsmetod, i enlighet med i artikel 5.5 i samma direktiv.[18] Detta beteende förutsätter således att produkterna inte har beställts, och dess aktiva kärna består i att näringsidkaren kräver betalning för produkterna (eller att de ska återsändas eller förvaras, när det gäller varor).[19]

46. Enligt skäl 17 i direktiv 2005/29, kräver affärsmetoder som under alla omständigheter är otillbörliga inte någon ”prövning från fall till fall utifrån bestämmelserna i artiklarna 5–9 [i direktiv 2005/29]”.

47. Det framgår av lydelsen av den andra tolkningsfrågan att ”telefonoperatören vid tecknandet av mobiltelefonavtalet inte har gett konsumenten korrekt information om att telefonsvarar- och internetanvändningstjänsterna är förinställda på SIM-kortet, vilket innebär att nämnda tjänster potentiellt kan utnyttjas av konsumenten utan någon särskild inställning (setting)”. Det förelåg således ett ”tillhandahållande” av två tjänster (telefonsvarare och internet) som användaren senare kunde tacka ja till. Av ovannämnda skäl kan telefonoperatören inte anses ha ”informerat” om detta tillhandahållande. Frågan är om den omständigheten i sig räcker för att det dessutom ska anses föreligga en ”leverans utan föregående beställning”.

48. Enligt min uppfattning talar den höga konsumentskyddsnivå som direktiv 2005/29 syftar till att säkerställa enligt artikel 1, för att begreppet ”beställning av leverans” ska tolkas så att en leverans med avseende på vilken man inte bara underlåtit att lämna så viktig information som priset för prestationen[20] utan även att den över huvud taget finns, ska betecknas som en leverans ”utan föregående beställning”.

49. Tillhandahållandet av en tjänst eller leveransen av en vara bör föregås av lämplig information så att konsumenten, för att använda sig av formuleringen i artikel 7 i direktiv 2005/29, kan ”fatta ett välgrundat affärsbeslut”.[21] Den mest grundläggande informationen är självfallet den som rör varan eller tjänsten som näringsidkaren har förbundit sig att leverera eller tillhandahålla. Beskrivningen av den måste överensstämma med det som konsumenten har beställt eller som näringsidkaren har erbjudit. Oavsett vilket överensstämmer det som informationen avser med vad de båda har avtalat om.

50. Mot bakgrund av det kvalificerade skydd som direktiv 2005/29 syftar till att ge konsumenterna, kan det endast i undantagsfall godtas en möjlighet att underförstått godkänna en leverans som konsumenten inte uttryckligen har blivit informerad om.

51. I förevarande mål såldes SIM-korten för att sättas in i smarttelefoner (*smartphones*). Mot bakgrund av det kunde en genomsnittlig konsument som är normalt informerad, såsom hänskjutande domstolen har gjort gällande, knappast vara omedveten om att man fick de två tjänsterna att börja fungera genom att ”knappa in telefonsvararens nummer eller välja de kommandon som aktiverar

18 Se dom av den 14 januari 2010, Plus Warenhandelsgesellschaft (C-304/08, EU:C:2010:12), punkt 45, och dom av den 9 november 2010, Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag (C-540/08, EU:C:2010:660), punkt 34.

19 Även om det i punkt 29 i bilaga I till direktiv 2005/29 hänvisas till vissa handlingar som bara är möjliga i förhållande till varor (exempelvis återsändande eller förvaring), omfattar det även tjänster, vilka utgör en underkategori av ordet *produkt*, som i artikel 2 c definieras som ”alla typer av varor och tjänster”.

20 Se bland annat dom av den 26 oktober 2016, Canal Digital Danmark (C-611/14, EU:C:2016:800), punkt 55.

21 I detta sammanhang slog domstolen i punkt 40 i sin dom av den 7 september 2016, Deroo-Blanquart (C-310/15, EU:C:2016:633) fast att ”det är av grundläggande betydelse för konsumenten att denne före ingåendet av avtalet underrättas om avtalsvillkoren och om följderna av att avtalet ingås. Det är bland annat mot bakgrund av dessa uppgifter som konsumenten avgör om han eller hon vill ingå ett avtal med en näringsidkare och vara bunden av de villkor som näringsidkaren utformat i förväg (dom av den 30 april 2014, Kásler och Káslerné Rábai, C-26/13, EU:C:2014:282, punkt 70).”

internetanvändningen”. Detta förutsätter naturligtvis att denne visste om eller borde ha vetat om, att dessa tjänster hade installerats i telefonen. Eftersom användaren inte kunde sakna kännedom om denna omständighet, skulle hans eller hennes användning av de båda tjänsterna kunna likställas med ett underförstått godkännande av leveransen av dem. [22]

52. Som kommissionen har påpekat [23] finns det emellertid vissa mobilapplikationer som kan medföra en automatisk förbrukning av internettrafik, utan att användaren vidtar några åtgärder. Detta kan till och med ske utan att han eller hon märker något. [24] Detta kan visserligen undvikas genom att konfigurera om mobiltelefonen genom en åtgärd kallad ”*opt-out*”, men för att kunna göra det krävs kunskaper och färdigheter som jag inte tror att en sådan ”genomsnittskonsument” [25] som det hänvisas till i direktiv 2005/29 besitter.

53. Även om det ankommer på den hänskjutande domstolen att pröva det, mot bakgrund av de faktiska omständigheter som den i slutändan finner styrkta, anser jag att en genomsnittskonsument inte har något rimligt skäl att misstänka att hans eller hennes elektroniska utrustning kan innehålla en tjänst som han eller hon inte har informerats om och där det krävs att utrustningen konfigureras om på ett sätt som han eller hon säkert inte har förmåga till, för att tjänsten ska avaktiveras.

54. Det kan således i princip inte uteslutas att det i förevarande fall har skett en ”leverans [av tjänster] utan föregående beställning”.

55. Det är emellertid inte tillräckligt i sig för att det omtvistade agerandet ska anses vara en ”otillbörlig affärsmetod” enligt punkt 29 i bilaga I till direktiv 2005/29.

56. Det räcker nämligen inte att konsumenten inte har beställt leveransen i fråga. Näringsidkaren måste även *kräva* betalning för den tjänsten.

57. Jag anser att *kravet på betalning* i den bestämmelsen bara kan vara ett *otillbörligt krav*, i den mån det bygger på en leverans som inte har accepterats, vilket är fallet när den inte ens har föregåtts av en beställning.

58. I förevarande mål förefaller det, att döma av uppgifterna i beslutet att begära förhandsavgörande, som att *den betalning som konsumenterna har krävts på i sig kan ha accepterats*, vilket dock inte är fallet när det gäller de omtvistade förinställda tjänsterna och därmed inte själva leveransen av dem. Den hänskjutande domstolen anger härvidlag att ”operatören inte hålls ansvarig för dels den teknik och de funktioner med hjälp av vilka tjänsterna konkret utnyttjas av konsumenten, *dels informationen om nämnda teknik och funktioner, dels kostnaden för tjänsterna*, utan enbart för den ovannämnda underlåtenheten att informera om att tjänsterna är förinställda på SIM-kortet”. [26]

22 Lydelsen av den hänskjutande domstolens fråga på denna punkt kan förefalla något vilseledande. Efter att den hävdat att de omtvistade tjänsterna ”är förinställda”, nyanserar Consiglio di Stato det på så sätt att ”för att faktiskt kunna utnyttja dessa tjänster [måste konsumenten] under alla omständigheter … utföra erforderliga moment”. I en annan passage anger Consiglio di Stato att ”[tjänsterna] potentiellt kan utnyttjas av konsumenten utan någon särskild inställning”. Vidare anges det i punkt 13.1 i beslutet att begära förhandsavgörande i mål C-54/17 att ”för att konsumenten faktiskt ska kunna utnyttja de förinställda tjänsterna på det SIM-kort som han eller hon har köpt krävs det en självständig handling från användarens sida”, en självständig handling som i det sammanhang som avses i punkt 13.1 inte bara innebär att man slår numret till telefonsvararen eller klickar på de ikoner som aktiverar internetanvändningen. Det ankommer på den hänskjutande domstolen själv att klargöra denna omständighet.

23 Punkterna 56 och 57 i kommissionens skriftliga yttrande.

24 Förutom förfaranden för att uppdatera bakgrundsapplikationer, kan vissa lokaliseringsfunktioner aktiveras utan att man märker det (vilket dessutom medför risker ur integritetssynpunkt).

25 Med detta avses en ”genomsnittskonsument, som är en normalt informerad samt skäligen uppmärksam och upplyst person med beaktande av sociala, kulturella och språkliga faktorer” (dom av den 12 maj 2011, Ving Sverige, C-122/10, EU:C:2011:299), punkt 22. Begreppet genomsnittskonsument är inte ”ett statistiskt begrepp”, vilket betonas i skäl 18 i direktiv 2005/29. ”Nationella domstolar och myndigheter måste använda sitt eget omdöme när de fastställer genomsnittskonsumentens typiska reaktion i ett givet fall”, enligt dom av den 26 oktober 2016, Canal Digital Danmark (C-611/14, EU:C:2016:800), punkt 39.

26 Min kursivering. Vid förhandlingen gavs det tillfälle att gå närmare in på denna aspekt, i linje med de argument som Wind Tre anfört i sitt skriftliga yttrande, i vilket det i fotnot 30 finns en redogörelse för den information rörande priser och taxor som tillhandahållits i den reklam för korten som lämnats till köpare respektive återförsäljare samt på produkternas förpackningar.

59. Om dessa uppgifter stämmer har operatören lämnat tillräcklig information till konsumenten, på att sätt som enligt den hänskjutande domstolen är *invändningsfritt*, rörande inte bara *den teknik och de funktioner* med hjälp av vilka de förinställda tjänsterna utnyttjas, utan även deras *pris*. I detta sammanhang skulle en genomsnittskonsument, även en sådan som inte kan förväntas besitta de ovannämnda tekniska kunskaperna, kunna dra slutsatsen att det förvärvade SIM-kortet kunde erbjuda denne tjänster vars kostnader det i annat fall skulle vara meningslöst att informera honom eller henne om.

60. Det ankommer på den hänskjutande domstolen att pröva i vilken mån informationen om priserna för telefonsvarar- och internetanvändningstjänsterna, lämnades på ett sådant sätt att det inte gav upphov till tvivel om den omständigheten att dessa tjänster var förinställda och att utnyttjandet av dem var förbundet med en kostnad som konsumenten var, eller borde ha varit, medveten om, just på grund av den information som han eller hon fick när han eller hon köpte SIM-kortet. I ett sådant fall kan ”kravet på betalning” för tillhandahållandet av dessa två tjänster, vilket hade föregåtts av lämplig information om priset för dem, inte omfattas av punkt 29 i bilaga I till direktiv 2005/29.

### *b) Begreppet ”aggressiv affärsmetod”*

61. Utgör en underlåtenhet att lämna information om förinställningen av de omtvistade tjänsterna, ”i en situation där telefonoperatören inte kan hållas ansvarig för något ytterligare och särskilt materiellt agerande” en ”aggressiv affärsmetod” som ”sannolikt kommer att avsevärt inskränka genomsnittskonsumentens valfrihet eller handlande”?

62. Enligt artikel 8 i direktiv 2005/29 ska en affärsmetod anses vara ”aggressiv” om den med beaktande av alla dess särdrag och av omständigheterna kring den, ger upphov till ett visst resultat med hjälp av vissa metoder.

63. Resultatet måste innebära att den ”avsevärt” inskränker eller sannolikt kommer att inskränka konsumentens valfrihet avseende produkten och därigenom medför eller sannolikt kommer att medföra att konsumenten fattar ett beslut som denne annars inte skulle ha fattat. Detta syfte ska ha uppnåtts genom ”trakasseri, tvång, inbegripet fysiskt våld, eller otillbörlig påverkan”.

64. Den underlåtenhet att lämna information som telefonoperatörerna klandras för i förevarande mål omfattas inte av någon av dessa metoder, mot bakgrund av de faktorer som enligt artikel 9 i direktiv 2005/29 ska beaktas för att fastställa huruvida en affärsmetod innebär trakasseri, tvång eller otillbörlig påverkan.[27] Jag anser att såväl trakasseri som tvång – och naturligtvis användande av fysiskt våld – innebär ett aktivt handlande som inte föreligger vid en underlåtenhet att lämna information.

65. En underlåtenhet som är avgörande för konsumentens beslut skulle emellertid kunna innebära en ”otillbörlig påverkan”. En sådan påverkan som avses i artiklarna 8 och 9 i direktiv 2005/29 är inte enbart ett resultat av ett vilseledande – det vill säga en sådan som avses i artikel 7 i samma direktiv –, utan en aktiv påverkan genom *påtryckning*, som innebär att konsumenten känner sig tvingad.[28]

27 Dessa faktorer är följande: ”a) Tidpunkt, plats, art och varaktighet. b) Användningen av hotfullt eller kränkande språk eller beteende. c) Om näringsidkaren för att påverka konsumentens beslut avseende produkten utnyttjar ett speciellt missöde eller omständigheter som näringsidkaren känner till och som är av sådan vikt att de försämrar konsumentens omdöme. d) Betungande eller oproportionerliga hinder som inte följer av avtalet och som näringsidkaren använder sig av när en konsument vill utöva sina rättigheter enligt avtalet, … e) Hot om att vidta åtgärder som inte lagligen kan genomföras.”

28 Enligt artikel 2 j i direktiv 2005/29 rör det sig om ett agerande som består i ett ”utnyttjande av en maktställning i förhållande till konsumenten” för att ”utöva påtryckning, även utan fysiskt våld eller hot om sådant, på ett sätt som avsevärt inskränker konsumentens förmåga att fatta ett välgrundat beslut”. Det räcker således inte att vilseleda konsumenten och få denne att felaktigt tro att han eller hon handlar fritt och välgrundat, utan konsumenten måste tvingas att ingå avtal mot sin vilja.

66. Den italienska regeringen har gjort gällande att förutom underlåtenheten att lämna information om de förinställda tjänsterna, innebär själva föraktiveringen och den därmed förknippade betalningsskyldigheten för konsumenter som använt sig av tjänsterna ett utnyttjande av en maktställning från näringsidkarens sida.

67. Jag anser dock att på samma sätt som den förmåga att påverka som är förknippad med en underlåtenhet inte ska förväxlas med en ”otillbörlig påverkan” i den mening som avses i artikel 8 i direktiv 2005/29, ska det också göras åtskillnad mellan två olika aspekter av maktställningen:

— Å ena sidan ett utnyttjande av maktställningen som gör det möjligt för näringsidkaren att inskränka konsumentens frihet då denne köper en produkt.

— Å andra sidan den maktställning som näringsidkaren rättsligt sett befinner sig i, vilken, när avtalet väl har ingåtts, kan avkräva konsumenten den motprestation som han eller hon förband sig till då avtalet undertecknades.

68. En ”aggressiv affärsmetod” är en metod där näringsidkaren utnyttjar att konsumenten befinner sig i underläge [29] och att näringsidkaren har en maktställning som han eller hon har skaffat sig på ett rättsstridigt sätt – genom trakasseri, tvång, våld eller proaktiv påverkan – och som inskränker konsumentens frihet och förmår honom eller henne att ingå ett avtal som han eller hon inte skulle ha samtyckt till om inte denna otillåtna fördel hade funnits.

69. Just på grund av att ingåendet av ett avtal innebär att man gör vissa åtaganden som motparten med fog kan göra gällande i domstol, skyddar direktiv 2005/29 konsumentens frihet att ingå avtal på ett välgrundat sätt där denne med stöd av denna frihet bara gör åtaganden som han eller hon är beredd att ta på sig. Direktivet ger således inget skydd mot rättsliga åtaganden som konsumenten redan fritt har gjort, utan mot åtaganden som gjorts till följd av en otillbörlig affärsmetod.

70. För att avgöra huruvida underlåtenheten att lämna information om installationen av förinställda tjänster utgör en aggressiv affärsmetod, är det viktiga huruvida näringsidkaren genom denna underlåtenhet har inskränkt konsumentens valfrihet i så hög grad att denne tvingas att godta avtalsförpliktelser som han eller hon i annat fall inte skulle ha godtagit. Det saknar däremot betydelse huruvida näringsidkaren med stöd av det redan ingångna avtalet kan göra de rättigheter som följer av avtalet (som till exempel betalning för tjänsterna) gällande gentemot konsumenten. Det handlar med andra ord om att näringsidkaren inte ens får göra den (rättsliga) maktställning som följer av ett avtal gällande.

71. Sammanfattningsvis anser jag att det omtvistade agerandet inte uppfyller villkoren för att anses utgöra aggressiva affärsmetoder, i den mening som avses i artiklarna 8 och 9 i direktiv 2005/29.

## C. Sambandet mellan direktiv 2005/29 och andra bestämmelser rörande specifika aspekter av otillbörliga affärsmetoder (frågorna 3–7)

72. Det svar på de två första tolkningsfrågorna som jag föreslår, innebär i själva verket att de övriga frågorna inte behöver prövas. Jag ska emellertid analysera dem i andra hand.

### *1. Sammanfattning av parternas ståndpunkter*

73. Wind Tre har separat behandlat räckvidden av specialitetsprincipen, begreppet ”står i strid” och begreppet ”[unionsrättsliga] regler”.

29 Dom av den 16 april 2015, UPC Magyarország (C-388/13, EU:C:2015:225), punkt 53.

74. Vad beträffar principen om *lex specialis* menar Wind Tre att när ett område är uttömmande reglerat genom nationella bestämmelser (exempelvis bestämmelser som införlivar direktivet om samhällsomfattande tjänster eller bestämmelser som har antagits av den nationella regleringsmyndigheten), är det enbart dessa bestämmelser som är tillämpliga och inte de allmänna bestämmelserna om konsumentskydd.

75. Enligt Wind Tre avser begreppet ”står i strid” inte fall där bestämmelser om konsumentskydd motsäger varandra utan där de ”överlappar” varandra och i vissa fall karaktäriseras av att de utgör specialbestämmelser.

76. Vad beträffar de ”[unionsrättsliga] reglerna” innefattar de enligt Wind Tre regler som antas av nationella regleringsmyndigheter då de utför sina uppgifter att skydda konsumenterna. I dessa görs en precisering av de skyldigheter som föreskrivs i de nationella lagar genom vilka artiklarna 20 och 21 i direktivet om samhällsomfattande tjänster införlivas.

77. Vodafone Italia har gjort gällande att direktiv 2005/29, direktivet om samhällsomfattande tjänster och ramdirektivet utgör hinder för att det ”säkerhetsnät” som föreskrivs i direktiv 2005/29 tillämpas samtidigt när det under vissa faktiska omständigheter (och inte inom en hel sektor), finns uttömmande sektorspecifika bestämmelser som bygger på unionsrätten.

78. I andra hand har Vodafone Italia gjort gällande att samma direktiv även utgör hinder för att tillämpningen av de sektorspecifika bestämmelserna i sin helhet ersätts av AGCM genom alternativa parallella bestämmelser som är oförenliga med de sektorspecifika bestämmelsernas särskilda aspekter.

79. Enligt Telecom Italia är en tillämpning av direktiv 2005/29 inte utan vidare utesluten på grund av att det finns andra unionsrättsliga instrument som reglerar specifika aspekter av otillbörliga affärsmetoder. Det ska göras en bedömning i varje enskilt fall för att klarlägga huruvida det är helt och hållet reglerat av särskilda bestämmelser och om så är fallet ska enbart dessa tillämpas.

80. Telecom Italia anser att begreppet ”[unionsrättsliga] regler” ska ges en vid tolkning och inte bara innefatta regler i förordningar, direktiv och införlivandebestämmelser, utan även åtgärder som medlemsstaterna vidtar för att genomföra unionsrätten.

81. Enligt den italienska regeringen inför inte artikel 27.1 *bis* i konsumentlagen något nytt kriterium och inte heller utesluter den en tillämpning av den specialitetsprincip som föreskrivs i artikel 3.4 i direktiv 2005/29. Genom att den hänskjutande domstolen blandar ihop sambandet mellan regleringar, å ena sidan, och fördelningen av befogenheter, å den andra, tar den upp en felaktig problemställning, nämligen att direktivet om samhällsomfattande tjänster inte ska tillämpas på specifika aspekter av otillbörliga affärsmetoder.

82. Den italienska regeringen erinrar om att det ankommer på medlemsstaterna att fördela de interna befogenheterna och att syftet med artikel 27.1 *bis* i konsumentlagen var att komma till rätta med den osäkerhet som år 2012 hade uppkommit i Italien kring vilken myndighet som var behörig att handha felaktiga affärsmetoder inom de reglerade branscherna. Av samma skäl undertecknade AGCom och AGCM den 23 december 2016 ett protokoll om överenskommelse rörande otillbörliga affärsmetoder, vars innehåll bekräftar att artikel 27.1 *bis* i konsumentlagen inte innefattar prövningen av de sektorspecifika överträdelserna inom tillämpningsområdet för de allmänna bestämmelserna i direktiv 2005/29.

83. Beträffande fråga 4 har den italienska regeringen gjort gällande att det måste finnas en konflikt mellan de allmänna och de särskilda bestämmelserna för att specialitetsprincipen ska tillämpas. I förevarande mål innebär denna princip enligt den italienska regeringen att de allmänna bestämmelserna om konsumentskydd inte ska tillämpas.

84. Den italienska regeringen anser att frågorna 5 och 7 inte kan tas upp till sakprövning, eftersom de är hypotetiska. Orsaken är enligt den italienska regeringen att det omtvistade agerandet inte utgör någon aggressiv affärsmetod.

85. Vad gäller fråga 6 anser den italienska regeringen att begreppet ”[unionsrättsliga] regler” bara innefattar specialbestämmelserna i förordningarna och direktiven samt bestämmelserna om direkt införlivande av de sistnämnda.

86. Kommissionen menar, vad beträffar fråga 3, att artikel 3.4 i direktiv 2005/29 innebär att om en bestämmelse i det direktivet står i strid med en unionsrättslig regel som reglerar specifika aspekter av otillbörliga affärsmetoder, äger den sistnämnda endast företräde när det gäller de specifika aspekterna. Enligt kommissionen ska direktiv 2005/29 tillämpas parallellt, i den mån den rör andra aspekter av dessa metoder.

87. Enligt kommissionen innehåller direktivet om samhällsomfattande tjänster inte några bestämmelser som i den mening som avses i artikel 3.4 i direktiv 2005/29 reglerar specifika aspekter av otillbörliga affärsmetoder av det här slaget.

88. Vad beträffar fråga 4 anser kommissionen att artikel 3.4 i direktiv 2005/29 föreskriver ett kriterium för att reglera sambandet mellan olika bestämmelser, men inte mellan olika typer av bestämmelser (allmänna och sektorspecifika) och att den inte heller påverkar befogenhetsförhållandena mellan de nationella myndigheterna.

89. Beträffande fråga 5 anser kommissionen att eftersom direktivet om samhällsomfattande tjänster inte innehåller några bestämmelser om specifika aspekter av otillbörliga affärsmetoder, i den mening som avses i artikel 3.4 i direktiv 2005/29, är två av de nödvändiga villkoren för att den sistnämnda bestämmelsen ska vara tillämplig inte uppfyllda och därför är det inte nödvändigt att göra en uttömmande tolkning av begreppet ”står i strid”. Det saknas följaktligen skäl att besvara fråga 5.

90. Vad beträffar fråga 6 har kommissionen påpekat att AGCom har utfärdat mycket detaljerade föreskrifter, vilka sträcker sig längre än att enbart införliva direktivet om samhällsomfattande tjänster. Enligt kommissionen skulle den rättsliga konsekvensen i artikel 3.4 i direktiv 2005/29 äventyras om det godtogs att den bestämmelsen inte avser unionsrätten, utan en rättslig situation som, förutom att den är nationell, även är eventuell och framtida, vilket skulle strida mot kravet på rättssäkerhet.

91. Vad beträffar fråga 7 anser kommissionen att direktivet om samhällsomfattande tjänster inte förbjuder en sådan aggressiv metod som ”leverans utan föregående beställning)”, vilken nämns i punkt 29 i bilaga I till direktiv 2005/29, varför frågan inte ska besvaras.

### *2. Bedömning*

#### *a) Den restriktiva karaktären hos regeln om icke-tillämpning i artikel 3.4 i direktiv 2005/29*

92. I artikel 3.4 i direktiv 2005/29 föreskrivs att om bestämmelserna i det direktivet står i strid med ”andra [unions]bestämmelser som reglerar specifika aspekter av otillbörliga affärsmetoder”, ska de senare ha företräde och tillämpas ”på dessa specifika aspekter.”

93. Denna regel om företräde visar att direktiv 2005/29 syftar till att ”skydda konsumenterna när det inte finns någon branschlagstiftning på [unions]nivå”.[30] Det innebär att det ytterst handlar om att införa ett verkligt system för skydd av konsumenternas rättigheter i samtliga branscher.[31]

94. Jag anser att syftet med direktiv 2005/29 – i alla fall inte i första hand – i själv verket inte är att uppväga brister i andra sektorspecifika unionsrättsliga bestämmelser som skyddar konsumenter, utan att utgöra kärnan i ett allmänt skyddssystem som utöver dess egna bestämmelser innefattar befintliga bestämmelser inom vissa sektorer som regleras av unionen.

95. Detta allmänna system innebär att ”[s]ambandet mellan [direktiv 2005/29] och … detaljerade [unionsrättsliga] bestämmelser om otillbörliga affärsmetoder gäller specifika branscher måste vara tydligt”.[32] Det måste således finnas ett tydligt samband och en samstämmighet vid tolkningen och tillämpningen av direktivet och de sektorspecifika bestämmelserna.

96. Av diskussionen mellan parterna och av den hänskjutande domstolens resonemang, tycks det emellertid framgå att förhållandet mellan de olika bestämmelserna bara kan beskrivas som att de står i strid med och utesluter varandra, som om den springande punkten i systemet för sambandet mellan direktiv 2005/29 och andra bestämmelser enbart skulle regleras av vad som föreskrivs i artikel 3.4 i direktivet.

97. I direktiv 2005/29 hänvisas det visserligen, till men för dess egen tillämplighet, till ”särskild [unions]lagstiftning beträffande vissa aspekter av otillbörliga affärsmetoder, exempelvis informationskrav och regler för hur informationen skall delges konsumenterna”.[33] Jag anser emellertid att det rör sig om en extrem lösning som är avsedd för ett ytterlighetsfall och som inte omfattar alla situationer med *fredlig samexistens* mellan direktiv 2005/29 och andra unionsrättsliga bestämmelser.

98. Genom artikel 3.4 i direktiv 2005/29 införs en regel med *selektiv* hänvisning från direktiv 2005/29 till de (andra) unionsbestämmelser som reglerar mycket specifika aspekter, exempelvis kraven på information till konsumenterna. Det är dessutom en hänvisning som har en *begränsad* räckvidd, eftersom den endast rör ”dessa specifika aspekter”, enligt vad som anges i bestämmelsen. Det är avslutningsvis en *extrem* hänvisning, eftersom den endast gäller i situationer där bestämmelserna ”står i strid” med varandra. Det skulle kunna hävdas att syftet med detta är att bota en *sjukdom* i systemet och inte att klargöra dess *fysiologi*.

99. Vad beträffar denna extrema lösning – vilken som sagt inte är den enda lösningen, och inte behöver vara den typiska lösningen – och i linje med vad som anges i skäl 10 i direktiv 2005/29, talar lydelsen av artikel 3.4 i samma direktiv för en restriktiv tolkning av den hänvisning till ”andra [unions]bestämmelser” som finns i den bestämmelsen, vilka bara kan vara sådana som ”reglerar *specifika aspekter* av otillbörliga affärsmetoder”.[34] Direktiv 2005/29 lämnar företräde åt dessa, men enbart vad beträffar *regleringen av dessa specifika aspekter*.

100. Jag anser emellertid inte att det enbart är ordalydelsen av artikel 3.4 i direktiv 2005/29 som talar för en restriktiv tolkning av hänvisningen till andra bestämmelser. Genom direktiv 2005/29 har det dessutom införts en ”hög gemensam konsumentskyddsnivå”, vilket är ett resultat av ”den höga grad av konvergens som uppnås genom detta direktivs bestämmelser om tillnärmning av nationella

30 Skäl 10 i direktiv 2005/29.

31 Kommissionen uttrycker det på följande sätt: Direktiv 2005/29 ”är EU:s viktigaste lag om vilseledande reklam och andra otillbörliga metoder i transaktioner mellan näringsidkare och konsumenter. Det har ett brett tillämpningsområde, då det avser alla transaktioner mellan näringsidkare och konsumenter och inom alla sektorer … Där föreskrivs en hög konsumentskyddsnivå inom alla sektorer”, vilket får det att fungera ”som ett säkerhetsnät över de luckor som inte är reglerade genom andra sektorsspecifika EU-regler”. Se punkt 1 i meddelande från kommissionen till Europaparlamentet, rådet och Europeisk ekonomiska och sociala kommittén (COM(2013) 138 final).

32 Skäl 10 i direktiv 2005/29.

33 *Ibidem.*

34 Min kursivering.

bestämmelser”.[35] Såsom generaladvokaten Saugmandsgaard Øe har påpekat[36] riskerar varje situation där bestämmelserna i direktivet inte tillämpas ”att leda till ett hål i det säkerhetsnät som inrättats genom direktivet, när andra unionsbestämmelser – vilka har företräde – inte garanterar en lika hög konsumentskyddsnivå”.[37]

101. Följaktligen bör den hänvisning som finns i artikel 3.4 i direktiv 2005/29 strikt avse de unionsbestämmelser som reglerar specifika aspekter av otillbörliga affärsmetoder. Den ska dessutom enbart tillämpas när denna reglering står i *strid* med bestämmelserna i direktiv 2005/29, vilket kräver en ingående analys.

### *b) Villkoren för regeln om icke-tillämpning*

#### *1) Tillämpningsområdet för specialitetsförhållandet i artikel 3.4 i direktiv 2005/29*

102. Med sin fjärde fråga vill den hänskjutande domstolen få klarlagt huruvida specialitetsprincipen i artikel 3.4 i direktiv 2005/29 ”reglerar förhållandena mellan regelverk …, förhållandena mellan bestämmelser … eller förhållandena mellan myndigheter som ansvarar för reglering och tillsyn över respektive branscher”. Samma sakfråga aktualiseras i frågorna 3 och 7, men i ett särskilt perspektiv i var och en av dem.[38]

103. Enligt min uppfattning leder en samlad tolkning av skäl 10 i direktiv 2005/29 och artikel 3.4 i samma direktiv till slutsatsen att unionslagstiftarens avsikt i första hand inte har varit att ta upp *sektorspecifika* aspekter, utan att ta upp *normativa* aspekter med avseende på samtliga sektorer.

104. Kommissionen har påpekat att till skillnad från artikel 3.9 i direktiv 2005/29 (enligt vilken de krav som föreskrivs i direktivet inom dess tillämpningsområde får skärpas av medlemsstaterna när det gäller finansiella tjänster och fast egendom), avser punkt 4 i samma artikel endast fall där ”bestämmelserna i detta direktiv står i strid med andra [unions]bestämmelser som reglerar specifika aspekter av otillbörliga affärsmetoder”. Det är således en övergripande bestämmelse för samtliga ekonomiska sektorer, vilket krävs av ett direktiv vars främsta syfte är att tillämpas på alla otillbörliga affärsmetoder, oavsett inom vilken ekonomisk sektor de tillämpas, för att förbättra konsumentskyddet.[39]

105. Bland de ”specifika aspekter” som eventuellt regleras av andra [unions]bestämmelser, nämns i skäl 10 i direktiv 2005/29 ”informationskrav och regler för hur informationen skall delges konsumenterna”.

35 Skäl 11 i direktiv 2005/29: ”Den höga grad av konvergens som uppnås genom detta direktivs bestämmelser om tillnärmning av nationella bestämmelser innebär hög gemensam konsumentskyddsnivå. Genom detta direktiv fastställs ett enda generellt förbud mot de otillbörliga affärsmetoder som snedvrider konsumentens ekonomiska beteende. I detta direktiv fastställs också bestämmelser om aggressiva affärsmetoder, som för närvarande inte är reglerade på [unions]nivå.”

36 Förslag till avgörande i målet Dyson (C-632/16, EU:C:2018:95), punkterna 81–85.

37 *Ibidem*, punkt 82.

38 Den tredje frågan berör problemets organisatoriska dimension (det vill säga konsekvenserna av fördelningen av befogenheter mellan olika förvaltningsmyndigheter), medan den sjunde tar upp samma problem mot bakgrund av sambandet mellan generella och sektorspecifika bestämmelser. Utgångspunkten är således att specialitetsprincipen i sista hand ska tillämpas på det sistnämnda förhållandet.

39 Samma uppfattning ger även generaladvokaten Saugmandsgaard Øe uttryck för i sitt förslag till avgörande i målet Dyson (C-632/16, EU:C:2018:95), punkt 81. Enligt honom är det här viktigt att se till det syfte som anges i artikel 1 i direktiv 2005/29 (”… att bidra till att den inre marknaden fungerar korrekt och att säkerställa en hög konsumentskyddsnivå genom att tillnärma medlemsstaternas lagar och andra författningar avseende otillbörliga affärsmetoder som skadar konsumenternas ekonomiska intressen.”) och till definitionen av direktivets tillämpningsområde i artikel 3.1 (”… otillbörliga affärsmetoder som tillämpas av näringsidkare gentemot konsumenter …, före, under och efter en affärstransaktion som gäller en produkt”).

106. Det rör sig således om mycket specifika frågor och de kan förekomma i bestämmelser av olika slag, utan att de behöver ingå i ett regelverk som har formen av en ordning som reglerar en viss verksamhetssektor. Det finns således ingen motsättning mellan ett allmänt system för konsumentskydd som det i direktiv 2005/29 och de olika sektorspecifika regelverken för konsumentskydd, som det som finns i direktivet om samhällsomfattande tjänster, vilket är relevant här.

107. För att bestämmelserna i direktiv 2005/29 ska ge företräde åt tillämpningen av dessa är det inte nödvändigt att det finns ett sektorspecifikt system för konsumentskydd. I sin egenskap av ett system för allmänt skydd, ger det system som införts genom direktiv 2005/29 i själva verket inte i sig företräde åt något annat system. Det är bara vissa av bestämmelserna i det som ger företräde och enbart i den mån det finns andra bestämmelser (oavsett om de är integrerade i ett särskilt skyddssystem eller inte) som reglerar ”specifika aspekter av otillbörliga affärsmetoder” och de sistnämnda bestämmelserna dessutom *står i strid med* de sistnämnda bestämmelserna. Följden blir således att icke-tillämpningen av direktiv 2005/29 i det här fallet enbart begränsar sig till regleringen av sådana ”specifika aspekter”.

108. De ”specifika aspekter” som nämns i artikel 3.4 i direktiv 2005/29 exemplifieras i skäl 10 i samma direktiv genom en hänvisning till ”informationskrav och regler för hur informationen skall delges konsumenterna”. Artiklarna 20 och 21 i direktivet om samhällsomfattande tjänster som den hänskjutande domstolen nämner handlar just om den information som ska finnas i avtal som ingås med företag som tillhandahåller anslutning till ett allmänt kommunikationsnät eller elektroniska kommunikationstjänster.

109. Mot bakgrund av detta anser jag att bestämmelserna i direktiv 2005/29 om vilken information som generellt ska lämnas till konsumenterna, inom området elektroniska kommunikationstjänster ska ge företräde åt de specifika bestämmelser som finns i direktivet om samhällsomfattande tjänster. Det gäller dock bara på den punkten och det innebär inte en icke-tillämpning av hela direktiv 2005/29, i vilket det i artikel 3.4 som nämnts föreskrivs att direktivet inte ska tillämpas på ”specifika aspekter” som regleras i andra bestämmelser. Dessutom ska det andra villkoret i den bestämmelsen – att bestämmelserna står i strid med varandra – vara uppfyllt och jag ska strax återkomma till det.

110. Till detta begränsar sig kort sagt det undantag som föreskrivs i artikel 3.4 i direktiv 2005/29.[40] Det gäller som nämnts självfallet under förutsättning att även villkoret att direktiv 2005/29 står i strid med den bestämmelse som eventuellt kan ersätta det är uppfyllt.

111. Sammanfattningsvis avser det specialitetsförhållande som föreskrivs i artikel 3.4 i direktiv 2005/29 regler eller bestämmelser och inte sektorspecifika regelverk. Vidare avser det inte frågan vilka förvaltningsmyndigheter som ska tillämpa bestämmelserna i fråga, eftersom det är medlemsstaterna som fördelar befogenheterna mellan dem.

112. Mot bakgrund av att det enbart rör sig om förhållanden mellan bestämmelser, ska det preciseras vilka bestämmelser dessa är.

40 Det är ett villkor som således är tämligen modest och som samtidigt är förenligt med bestämmelsen i artikel 1.4 i direktivet om samhällsomfattande tjänster, när det gäller att bestämmelserna i det sistnämnda direktivet ”med avseende på slutanvändarnas rättigheter ska tillämpas *utan att det påverkar [unionens] regler om konsumentskydd*, särskilt direktiven [som föregick direktiv 2005/29]” (min kursivering).

*2) Bestämmelser som står i strid med varandra*

113. Den hänskjutande domstolen undrar i sin sjätte fråga om begreppet ”andra [unions]bestämmelser” i artikel 3.4 i direktiv 2005/29/EG endast hänvisar till ”bestämmelserna i unionens förordningar och direktiv samt bestämmelserna för direkt införlivande av dessa, eller om det även omfattar nationella lagar och författningar som genomför unionsrättsliga principer”.

114. I artikel 3.4 i direktiv 2005/29 behandlades ursprungligen det fall där ”bestämmelserna i detta direktiv står i strid med andra gemenskapsbestämmelser” (nu unionsbestämmelser).

115. Gemenskapsbestämmelser eller unionsbestämmelser är i egentlig mening sådana bestämmelser som antas av unionens institutioner, det vill säga de ”rättsakter” som anges i artikel 288 FEUF. Jag anser således att nationella bestämmelser inte ska innefattas i denna kategori. Det gäller såväl sådana ”nationella lagar och författningar som genomför unionsrättsliga principer”,[41] som Consiglio di Stato [Högsta förvaltningsdomstolen] nämner, som nationella bestämmelser genom vilka direktiv införlivas.

116. Den italienska regeringen har emellertid pekat på möjligheten att göra en extensiv tolkning av artikel 3.4 i direktiv 2005/29 som innebär att dess tillämpningsområde omfattar de nationella bestämmelser genom vilka unionsbestämmelserna införlivas med den nationella rätten. I linje med detta har några av parterna[42] påpekat att de nationella regleringsmyndigheterna har till uppgift att utarbeta synnerligen detaljerade sektorspecifika bestämmelser, vilka skulle behöva ge vika för direktiv 2005/29 om de inte anses omfattas av begreppet ”andra [unions]bestämmelser”.

117. Enligt min uppfattning är den tolkning som jag förespråkar (och som jag anser direkt bygger på artikel 3.4 i direktiv 2005/29) förenlig med den oro som den italienska regeringen och de övriga parterna i målet har gett uttryck för.

118. Att den harmonisering som skett genom direktiv 2005/29 är uttömmande har bekräftats av domstolen, som har slagit fast att det ”innebär … en fullständig harmonisering av [bestämmelserna om otillbörliga affärsmetoder som tillämpas av näringsidkare gentemot konsumenter]”, vilket innebär att ”medlemsstaterna … inte … [får] vidta åtgärder som är mer restriktiva än vad som föreskrivs i direktivet, även om detta skulle ske i syfte att säkerställa en högre konsumentskyddsnivå”.[43]

119. Att direktivet är uttömmande innebär emellertid inte att nationella bestämmelser som reglerar specifika aspekter av otillbörliga affärsmetoder på ett mer detaljerat sätt än dem i direktiv 2005/29 i princip inte ska tillämpas. För att sådana mer detaljerade nationella bestämmelser ska kunna tillämpas är det inte nödvändigt att hänföra dem till kategorin unionsbestämmelser. Det räcker att hänvisa dem till det (sektorspecifika) direktiv som de kommer ifrån och pröva om det i sin tur ska ha företräde framför direktiv 2005/29 på grund av att villkoren i artikel 3.4 är uppfyllda.

120. När unionsrätten ger medlemsstaterna rätt att reglera specifika aspekter av otillbörliga affärsmetoder på ett sätt som kan vara striktare än bestämmelserna i direktiv 2005/29, beror med andra ord undanträngandet av det sistnämnda direktivet inte på den nationella bestämmelse som antagits med stöd av denna möjlighet utan på det (sektorspecifika) direktiv som gör det möjligt.

41 Sådana ”lagar och författningar” skulle bara kunna vara nationella, för om de formellt sett hade varit unionsbestämmelser så hade frågan varit meningslös.

42 Så är fallet med Wind Tre och Telecom Italia, i punkterna 71–75 respektive 43–50 i deras skriftliga yttranden. Telecom Italia gör gällande att en restriktiv tolkning av detta begrepp skulle få ”uppenbart oacceptabla följder”, som att inga nationella bestämmelser som reglerar specifika aspekter av otillbörliga affärsmetoder på ett sätt som är striktare och ger ett starkare skydd än direktiv 2005/29 skulle tillämpas.

43 Dom av den 23 april 2009, VTB-VAB och Galatea (C-261/07 och C-299/07, EU:C:2009:244), punkt 52.

*3) Typen av motsättning. Konflikt eller skillnad*

121. Att det finns andra unionsbestämmelser som reglerar specifika aspekter av otillbörliga affärsmetoder är inte i sig tillräckligt för att direktiv 2005/29 ska ge företräde åt dessa andra normativa bestämmelser. Det krävs dessutom att dessa andra bestämmelser och bestämmelserna i direktivet ”står i strid” med varandra.[44]

122. Den hänskjutande domstolen vill veta om begreppet ”står i strid” i artikel 3.4 i direktiv 2005/29 innebär att det ska föreligga en ”grundläggande motstridighet” mellan bestämmelserna eller om det räcker att de innehåller ett ”regelverk som avviker”. Frågan är således huruvida det avser att bestämmelserna är motstridiga på ett oöverstigligt sätt eller om det endast avser ett konkurrensförhållande mellan bestämmelserna.

123. I debatten rörande denna fråga har man använt sig en mängd olika uttryck (som ibland har närmat sig en ordstrid), för att beskriva sambandet mellan olika bestämmelser. Utöver ovannämnda *motstridighet* och *konkurrens* har *motsättning*, *överlagring*, *överlappning*, *samlevnad* och andra mer eller mindre motsvarande uttryck använts.

124. Enligt min uppfattning betecknar uttrycket (”står i strid”) som unionslagstiftaren har använt ett samband mellan de bestämmelser som det rör som inte bara handlar om skillnader eller olikheter. Att hävda att två realiteter står i strid med varandra innebär naturligtvis att man konstaterar att det finns en skillnad mellan dem, men också att det rör sig om en skillnad som man inte kan överbrygga med hjälp av en integrerande metod som gör det möjligt för de båda realiteterna att samexistera, utan att de behöver angripas för att de är olika.

125. Den innebörd som direktiv 2005/29 tillmäter uttrycket ”står i strid” framgår av den lösning som lagstiftaren har valt: denne har inte valt att bestämmelserna i fråga ska tolkas på ett integrerat sätt, utan att de bestämmelser som står i strid med bestämmelserna i direktiv 2005/29, på de ovan angivna villkoren, helt enkelt ska äga företräde.

126. I linje med den ståndpunkt som generaladvokaten Saugmandsgaard Øe har förespråkat,[45] anser jag att en sådan konflikt som avses i artikel 3.4 i direktiv 2005/29 endast ska anses föreligga i de fall andra unionsbestämmelser än direktiv 2005/29 vilka reglerar specifika aspekter av otillbörliga affärsmetoder, såsom den information som ska lämnas till konsumenterna, ålägger näringsidkarna, utan något manöverutrymme, skyldigheter som är oförenliga med dem som föreskrivs i det sistnämnda direktivet.

***c) Tillämpningen av dessa kriterier i det nationella målet***

127. Om direktiv 2005/29 hade varit tillämpligt på det agerande som telefonoperatörerna klandras för, genom att agerandet omfattas av någon av de otillbörliga affärsmetoder som beskrivs i de ovannämnda bestämmelserna (vilket jag inte anser att det gör), anser jag inte att villkoren i artikel 3.4 i direktiv 2005/29 hade varit uppfyllda för att bestämmelserna i direktivet ska ge företräde åt andra unionsbestämmelser som reglerar specifika aspekter av otillbörliga affärsmetoder.

128. Jag anser liksom kommissionen att det i den här situationen skulle vara möjligt att tillämpa direktiv 2005/29 och direktivet om samhällsomfattande tjänster parallellt. Medan det förstnämnda direktivet föreskrivs att krav på betalning för en ”leverans utan föregående beställning” utgör en otillbörlig affärsmetod under alla omständigheter, anges i direktivet om samhällsomfattande tjänster

44 Dessa båda villkor har domstolen behandlat i dom av den 16 juli 2015, Abcur (C-544/13 och C-545/13, EU:C:2015:481), punkterna 79–81.
45 Förslag till avgörande i målet Dyson (C-632/16, EU:C:2018:95), punkt 91.

(artiklarna 20 och 21) vilken information som företag som tillhandahåller elektroniska kommunikationstjänster ska lämna till konsumenterna, men utan att leverans utan föregående beställning betecknas som ett rättsstridigt beteende, vilket är vad tvisten i de nationella målen handlar om.

129. I stället för att de båda direktiven ska anses stå i strid med varandra rör det sig här om ett fall där de ska tillämpas samtidigt, eftersom det för att kunna avgöra om leveransen har föregåtts av en beställning från konsumenten eller inte (direktiv 2005/29) bland annat är nödvändigt att klargöra huruvida den information som lämnades till honom eller henne uppfyller de krav som ställs på näringsidkaren enligt direktivet om samhällsomfattande tjänster.

## VI. Förslag till avgörande

130. Mot bakgrund av vad som ovan anförts föreslår jag att domstolen ska besvara de tolkningsfrågor som sjätte avdelningen vid Consiglio di Stato har ställt på följande sätt:

1) Europaparlamentets och rådets direktiv 2005/29/EG av den 11 maj 2005 om otillbörliga affärsmetoder som tillämpas av näringsidkare gentemot konsumenter på den inre marknaden och om ändring av rådets direktiv 84/450/EEG och Europaparlamentets och rådets direktiv 97/7/EG, 98/27/EG och 2002/65/EG samt Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 2006/2004, ska tolkas på följande vis:

   – Artikel 5.5 jämförd med punkt 29 i bilaga I till det ovannämnda direktivet medger inte att enbart en underlåtenhet att informera användaren om att telefonsvarar- och internetanvändningstjänster har förinställts på ett SIM-kort som ska sättas in i en smart telefon betecknas som en otillbörlig affärsmetod, om användaren dessförinnan har informerats om ”den teknik och de funktioner med hjälp av vilka tjänsterna konkret utnyttjas av konsumenten … [och om] kostnaden för tjänsterna”, vilket det ankommer på den hänskjutande domstolen att pröva.

   – Artiklarna 8 och 9 i direktiv 2005/29 ska tolkas så att de inte medger att det ovan beskrivna agerandet från en telefonoperatörs sida betecknas som en ”aggressiv affärsmetod”.

2) I andra hand ska artikel 3.4 i direktiv 2005/29 tolkas så att bestämmelserna i det direktivet bara ska ge företräde åt andra unionsbestämmelser som reglerar specifika aspekter av otillbörliga affärsmetoder, när det finns en motsägelse mellan de förstnämnda och de sistnämnda bestämmelserna som inte kan lösas genom att de integreras eller tillämpas enhetligt.