FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT VERICA TRSTENJAK,

föredraget den 15 november 2007 [1]

I — Inledning

1. Den hänskjutande domstolen har i förevarande mål begärt förhandsavgörande för att få klarhet i om vissa bestämmelser i den tyska civillagen (Bürgerliches Gesetzbuch, nedan kallad BGB), enligt vilka säljaren vid omleverans av en felaktig vara har rätt till ersättning från köparen för användningen av varan, är förenliga med Europaparlamentets och rådets direktiv 1999/44/EG av den 25 maj 1999 om vissa aspekter rörande försäljning av konsumentvaror och härmed förknippade garantier (nedan kallat direktiv 1999/44). [2] EG-domstolen skall därmed för första gången tolka direktiv 1999/44 inom ramen för en begäran om förhandsavgörande.

2. Denna fråga har uppkommit i ett mål vid Bundesgerichtshof mellan bolaget Quelle AG (nedan kallat Quelle) och en tysk konsumentorganisation, Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände (nedan kallad Bundesverband). Bundesverband har yrkat att Quelle skall förbjudas att kräva ersättning från konsumenter för användningen av felaktiga varor och förpliktas att återbetala den ersättning som Quelle har erhållit i det förevarande fallet.

II — Tillämpliga bestämmelser

A — *Gemenskapsrätten*

1. Primärrätt

3. Enligt artikel 3.1 t EG skall gemenskapens verksamhet på de villkor och i den takt som anges i fördraget bidra till att stärka konsumentskyddet.

1 — Originalspråk: slovenska.
2 — EGT L 171, s. 12.

4. Artikel 153.1 EG har följande lydelse:

”För att främja konsumenternas intressen och säkerställa en hög konsumentskyddsnivå skall gemenskapen bidra till att skydda konsumenternas hälsa, säkerhet och ekonomiska intressen samt till att främja deras rätt till information och utbildning och deras rätt att organisera sig för att tillvarata sina intressen.”

Europaparlamentet och rådet skall också, inom ramen för sina respektive befogenheter, sträva efter att nå detta mål.

…”

2. Direktiv 1999/44

5. Artikel 95 EG har följande lydelse:

”1. … Rådet skall … besluta om åtgärder för tillnärmning av sådana bestämmelser i lagar och andra författningar i medlemsstaterna som syftar till att upprätta den inre marknaden och få den att fungera.

…

3. Kommissionen skall i sina förslag enligt punkt 1 om … konsumentskydd utgå från en hög skyddsnivå och särskilt beakta ny utveckling som grundas på vetenskapliga fakta.

6. I skäl 2 i direktiv 1999/44 anges att ”[d]en inre marknaden omfattar ett område utan inre gränser där fri rörlighet för varor, personer, tjänster och kapital garanteras”, och att den fria rörligheten för varor även innebär att ”konsumenter som är bosatta i en medlemsstat skall kunna köpa varor inom en annan medlemsstats territorium på grundval av en enhetlig minimiuppsättning av rättvisa regler om försäljning av konsumentvaror”.

7. I skäl 4 i direktivet anges att ”[d]e konsumenter som söker dra nytta av den stora marknadens fördelar genom att köpa varor i andra medlemsstater än sina bosättningsstater spelar en väsentlig roll för den inre marknadens fullbordande”.

8. I skäl 5 anges följande: ”Om det skapas en gemensam minimiuppsättning av konsumenträttsliga bestämmelser som gäller oavsett var i gemenskapen varorna köps, kommer konsumenternas förtroende att stärkas och de får möjlighet att dra största möjliga nytta av den inre marknaden.”

9. I skäl 15 anges följande. ”Medlemsstaterna får föreskriva att en återbetalning till konsumenten får minskas för att beakta den nytta konsumenten har haft av varan sedan den levererades till honom. Detaljerade bestämmelser om hävning av avtalet får införas i den nationella lagstiftningen.”

10. I skäl 24 anges följande. ”Medlemsstaterna bör på det område som omfattas av detta direktiv tillåtas att anta eller behålla strängare bestämmelser för att säkerställa en ännu högre konsumentskyddsnivå.”

11. I artikel 3 i direktiv 1999/44 regleras konsumenternas rättigheter, och däri föreskrivs följande:

”1. Säljaren skall vara ansvarig gentemot konsumenten för all bristande avtalsenlighet som föreligger när varan levereras.

2. I fall av bristande avtalsenlighet skall konsumenten ha rätt att utan kostnad få varan återställd till avtalsenlighet genom reparation eller utbyte i enlighet med punkt 3 eller att få ett skäligt prisavdrag eller att häva avtalet med avseende på den varan, i enlighet med punkterna 5 och 6.

3. I första hand har konsumenten rätt att kräva att säljaren reparerar varan eller byter ut den, i båda fallen utan kostnad, såvida detta inte är omöjligt eller oproportionellt.

En påföljd skall anses oproportionell om den åsamkar säljaren kostnader som är orimliga i jämförelse med den alternativa påföljden, under beaktande av

— varans värde om ingen bristande avtalsenlighet hade förelegat,

— betydelsen av den bristande avtalsenligheten och

— huruvida den alternativa påföljden skulle kunna fullgöras utan väsentlig olägenhet för konsumenten.

Alla reparationer och utbyten skall fullgöras inom rimlig tid och utan väsentlig olägenhet för konsumenten samt under beaktande av varans art och det ändamål för vilket konsumenten behövde varan.

— om säljaren inte har vidtagit rättelse utan väsentlig olägenhet för konsumenten.

…”

4. Uttrycket ’utan kostnad’ i punkterna 2 och 3 hänför sig till nödvändiga kostnader som uppkommer för att få varan återställd till avtalsenlighet, särskilt frakt-, arbets- och materialkostnader.

12. Enligt artikel 5.1 första meningen i direktiv 1999/44 skall ”[s]äljaren … anses ansvarig enligt artikel 3 när den bristande avtalsenligheten visar sig inom två år efter leveransen av varan”.

5. Konsumenten har rätt att kräva ett lämpligt prisavdrag eller att häva avtalet.

13. Enligt artikel 8.2 i direktiv 1999/44 får medlemsstaterna, ”inom det område som regleras av detta direktiv, anta eller behålla sådana strängare bestämmelser som är förenliga med fördraget, för att säkerställa en högre konsumentskyddsnivå”.

— om konsumenten varken har rätt att få varan reparerad eller utbytt eller

B — *Tysk rätt*

14. Direktiv 1999/44 har införlivats med tysk rätt i samband med reformen av BGB [3].

— om säljaren inte har vidtagit rättelse inom rimlig tid eller

3 — Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts, publicerad i BGBl. I 2001 nr 61 s. 3138 den 29 november 2001, vilken trädde i kraft den 1 januari 2002. Se, avseende reformen i allmänhet, bland annat Westermann, H. P., ”Das neue Kaufrecht”, *Neue Juristische Wochenschrift*, nr. 4/2002, s. 241.

15. I 439 § BGB, med rubriken ”Påföljderna avhjälpande och omleverans” (Nacherfüllung), föreskrivs följande.

”(1) Köparen får vid fel kräva antingen avhjälpande av felet eller omleverans.

(2) Säljaren skall bära de nödvändiga kostnaderna för att avhjälpa felet eller för omleverans, särskilt transport-, rese-, arbets- och materialkostnader.

(3) Säljaren får, med förbehåll för bestämmelserna i 275 § andra och tredje stycket, vägra att avhjälpa felet eller företa en omleverans om detta skulle innebära oskäliga kostnader för säljaren. Härvid skall särskilt beaktas vilket värde varan skulle ha haft om den varit felfri, vilken betydelse felet har och om det är möjligt att utan väsentlig olägenhet för köparen välja den andra påföljden. Köparen kan i det fallet endast kräva den andra påföljden. Säljaren har dock rätt att vägra både avhjälpande av felet och omleverans om de förutsättningar som anges i första meningen är uppfyllda.

(4) Om säljaren såsom påföljd levererar en felfri vara, får han kräva att köparen lämnar tillbaka den felaktiga varan enligt bestämmelserna i 346–348 §§.”

16. I 346 § BGB, som reglerar verkningarna av hävning, föreskrivs följande.

”(1) Har en av parterna förbehållit sig rätt att häva avtalet eller föreligger annars enligt lag sådan rätt, skall vardera parten vid hävning lämna tillbaka vad han har tagit emot och ge ut den avkastning eller de förmåner som han har erhållit.

(2) I stället för tillbakalämnande eller utgivande skall en part utge ersättning motsvarande värdet av det som annars skulle ha överlämnats om

1. tillbakalämnande eller utgivande är omöjligt på grund av det erhållnas beskaffenhet,

2. parten har förbrukat, avhänt sig, pantsatt, bearbetat eller förädlat det mottagna föremålet,

3. det mottagna föremålet har försämrats eller förstörts. Detta gäller dock inte försämring på grund av att föremålet har tagits i bruk för avsett ändamål.

Om en ersättning har fastställts i avtalet, skall denna ligga till grund för beräkningen av ersättningen för värdet. Om ersättning skall betalas för värdet av den nytta som ett lån har inneburit får emellertid parten visa att värdet härav är lägre än den överenskomna ersättningen.

(3) En part är inte skyldig att utge ersättning för värdet

1. om felet som berättigar till hävning visar sig först när föremålet bearbetas eller förädlas,

2. om motparten är ansvarig för att föremålet försämrats eller förstörts, eller om skadan även skulle ha uppstått hos denne,

3. vid rätt till hävning som följer av lag, om föremålet har försämrats eller förstörts hos den som har rätt att häva avtalet, trots att denne har visat den omsorg som han brukar visa i egna angelägenheter.

Kvarstående vinst skall utges.

(4) …”

17. I 347 § BGB, avseende avkastning och andra förmåner samt kostnader efter hävning, föreskrivs följande.

”(1) Underlåter en part, i strid med reglerna om en korrekt egendomsförvaltning, att erhålla avkastning eller andra förmåner, trots att han kunnat erhålla sådan, är han skyldig att ersätta motparten för värdet härav. När rätt till hävning föreskrivs i lag är den hävningsberättigade emellertid endast skyldig att visa sådan aktsamhet som han brukar visa i sina egna angelägenheter.

(2) Om en part lämnar tillbaka föremålet eller betalar ersättning för värdet, eller saknar skyldighet att betala ersättning för

värdet enligt punkterna 1 eller 2 i 346 §, har vederbörande rätt till ersättning för nödvändiga kostnader. Andra kostnader skall ersättas om de medför en ekonomisk vinst för motparten."

18. Enligt 100 § BGB avses med uttrycket avkastning och andra förmåner "avkastningen av en sak eller en rättighet samt den nytta som användning av saken eller utnyttjande av rättigheten innebär".

III — Bakgrund, förfarandet vid den nationella domstolen och tolkningsfrågan

19. I augusti 2002 levererade bolaget Quelle, genom distansförsäljning, ett spis-set avsett för privat bruk till ett pris om 524,90 euro till köparen. I januari 2004 konstaterade köparen att emaljytan på insidan av ugnen som följde med spis-setet hade lossnat. Eftersom det inte var möjligt att laga felet, krävde köparen samma månad, det vill säga inom garantiperioden, omleverans av varan. Köparen lämnade tillbaka det felaktiga spis-setet till säljaren (Quelle), som levererade ett nytt spis-set och krävde att köparen skulle betala ersättning för användningen om 119,97 euro, vilket senare sattes ned till 69,97 euro. Köparen betalade denna ersättning.

20. Bundesverband väckte, med stöd av en fullmakt från köparen, talan mot Quelle. Bundesverband yrkade dels att Quelle skulle betala tillbaka ett belopp om 67,86 [4] euro jämte ränta, dels att Quelle fortsättningsvis skulle förbjudas att vid omleverans kräva konsumenter på ersättning för användningen av felaktiga varor.

21. Landgericht Nürnberg-Fürth biföll talan i den del den avsåg återbetalningen av det av köparen utgivna beloppet och ogillade talan i övrigt. Oberlandesgericht Nürnberg fastställde domen från den första instansen och förklarade att dess egen dom fick överklagas. I domskälen anförde Oberlandesgericht att 439 § fjärde stycket BGB inte kan ligga till grund för ett krav på ersättning för användningen av varan och att lagstiftarens motivering till sådana ersättningsanspråk inte är övertygande. [5] Enligt nämnda domstolen är det fel att vid omleverans tillämpa bestäm-

4 — Det framgår varken av begäran om förhandsavgörande från den nationella domstolen eller av de båda underinstansernas domar varför Bundesverbands yrkande avser ett lägre belopp än det som betalades av köparen. I den publicerade domen från Landgericht Nürnberg-Fürth står det att köparen betalade 67,86 euro, medan det i domen från Oberlandesgericht Nürnberg och i den nationella domstolens beslut står att läsa att köparen betalade ett (högre) belopp om 69,97 euro. I domen från Oberlandesgericht Nürnberg anges till och med följande: "Skillnaden jämfört med det faktiska beloppet på 69,97 euro har inte förklarats". Se Oberlandesgericht Nürnberg, dom av den 23 augusti 2005, 3 U 991/05, *Neue Juristische Wochenschrift*, nr. 41/2005, s. 3000.

5 — Oberlandesgericht Nürnberg, dom av den 23 augusti 2005, 3 U 991/05, *Neue Juristische Wochenschrift*, nr. 41/2005, s. 3000 och följande sidor.

melserna om hävning av avtalet, eftersom köparen vid bytet visserligen erhåller en ny vara, men säljaren behåller hela köpeskillingen samt eventuell vinst. [6] Om avtalet hävs skall däremot köparen och säljaren lämna tillbaka vad de har tagit emot av varandra. [7]

22. Båda parterna överklagade domen från Oberlandesgericht Nürnberg till Bundesgerichtshof. Bundesgerichtshof hyser visserligen vissa tvivel avseende den ensidiga skyldigheten för köparen att betala ersättning för användningen av varan, men ser ingen möjlighet att korrigera denna oproportionerliga skyldighet genom en tolkning av de ovannämnda bestämmelserna, eftersom både den klara ordalydelsen i dessa bestämmelser och lagstiftarens klara intentioner i motiven till förslaget till lag om översyn av obligationsrätten [8] utgör hinder för detta. Bundesgerichtshof har påpekat att tolkningsmöjligheterna upphör där tolkningen skulle strida mot lagens ordalydelse och lagstiftarens uppenbara intentioner. [9]

23. Därutöver hyser Bundesgerichtshof tvivel om den omstridda tyska bestämmelsen är förenlig med artikel 3.2–3.4 i direktiv 1999/44. Enligt de senare bestämmelserna skall varan bytas ut ”utan kostnad” och ”utan väsentlig olägenhet för konsumenten”, vilket strider mot uppfattningen att det i direktivet endast föreskrivs att leveransen skall ske kostnadsfritt. [10] I detta sammanhang hänvisar Bundesgerichtshof även till att meningarna går isär i den tyska doktrinen i fråga om huruvida de tyska bestämmelserna är förenliga med direktiv 1999/44. [11]

24. Det är mot denna bakgrund som Bundesgerichtshof genom beslut av den 16 augusti 2006 har beslutat att vilandeförklara målet och hänskjuta följande tolkningsfråga till domstolen:

”Skall bestämmelserna i artikel 3.2 jämförda med bestämmelserna i artikel 3.3 första stycket och 3.4 eller bestämmelserna i artikel 3.3 tredje stycket i Europaparlamentets och rådets direktiv 1999/44/EG av den 25 maj 1999 om vissa aspekter rörande försäljning av konsumentvaror och härmed förknippade garantier tolkas så, att de utgör hinder för en nationell lagstiftning, enligt vilken säljaren, när det är fråga om att återställa en vara till avtalsenligt skick genom att den byts ut, kan kräva ersättning av konsumenten för användningen av den ursprungligen levererade varan som inte stämde överens med vad som avtalats?”

6 — Ibidem, s. 3001.

7 — Ibidem.

8 — Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts, Deutscher Bundestag, Drucksache 14/6040, 14 maj 2001, s. 232. Se även begäran om förhandsavgörande från Bundesgerichtshof av den 16 augusti 2006, s. 8.

9 — Begäran om förhandsavgörande från Bundesgerichtshof av den 16 augusti 2006, s. 9, tillgänglig på webbplatsen http://www.bundesgerichtshof.de.

10 — Ibidem, s. 10.

11 — Ibidem.

IV — Förfarandet vid domstolen

25. Begäran om förhandsavgörande inkom till domstolen den 28 september 2006.

26. Bundesverband, den tyska, den spanska och den österrikiska regeringen samt kommissionen har inkommit med yttranden under det skriftliga förfarandet. Vid den muntliga förhandlingen den 4 oktober yttrade sig Quelle, Bundesverband, den tyska regeringen och kommissionen samt besvarade domstolens frågor.

V — Parternas argument

A — *Quelle*

27. Quelle gjorde under förhandlingen gällande att begäran om förhandsavgörande inte kan tas upp till sakprövning, eftersom Bundesgerichtshof i det förevarande målet inte har någon annan möjlighet än att tolka de ovannämnda bestämmelserna i BGB så, att de tillåter ersättningskrav för användningen av varor. Om domstolen skulle fastställa att de tyska bestämmelserna strider mot direktiv 1999/44 kan Bundesgerichtshof inte efterkomma avgörandet på grund av bestämmelserna i artikel 20 i den tyska grundlagen (Grundgesetz), enligt vilken rättstillämpningen skall ske i enlighet med lag. Om Bundesgerichtshof skulle efterkomma ett sådant avgörande, skulle den tvingas att tolka den nationella rätten *contra legem*, vilket inte är tillåtet eftersom det av domstolens domar i målen Pupino [12] och Adeneler [13] framgår att ett direktiv inte kan ligga till grund för en tolkning *contra legem*. I fråga om besvarandet av frågan från den nationella domstolen, anser Quelle att frågan om ersättning för användandet inte regleras av direktiv 1999/44, vilket innebär att den tyska lagstiftaren inte hindras från att reglera denna fråga. De tyska bestämmelserna är tillåtna, eftersom de utgör en rimlig avvägning mellan rätten till avhjälpande och rätten till omleverans.

B — *Bundesverband*

28. Bundesverband hävdade under förhandlingen att begäran om förhandsavgörande kan tas upp till sakprövning och att det i förevarande fall inte är fråga om att tolka nationell lagstiftning i enlighet med direktiv 1999/44, utan om hur direktivet skall tolkas. I sina skriftliga yttranden har Bundesverband påpekat att direktiv 1999/44 skall säkerställa en hög nivå på konsumentskyddet. Utbyte av varan skall ske ”utan kostnad” och ”utan väsentlig olägenhet för konsumenten”,

12 — Dom av den 16 juni 2005 i mål C-105/03, Pupino (REG 2005, s. I-5285), punkt 47.

13 — Dom av den 4 juli 2006 i mål C-212/04, Adeneler (REG 2006, s. I-6057), punkt 110.

vilket även omfattar ett förbud mot att kräva ersättning av konsumenten för användningen av den felaktiga varan. Därutöver kan den omständigheten att storleken på ersättningen är oklar medföra att konsumenten avstår från att göra sina rättigheter enligt direktiv 1999/44 gällande.

C — *Den tyska regeringen*

29. Den tyska regeringen anser att begäran om förhandsavgörande kan tas upp till sakprövning, eftersom domstolens tolkning av direktiv 1999/44 är nödvändig för att den nationella domstolen skall kunna döma i målet. I sak har den tyska regeringen gjort gällande att de tyska bestämmelserna inte strider mot direktiv 1999/44. Som grund för sin uppfattning anförde den tyska regeringen i sitt skriftliga yttrande fyra olika typer av tolkning: bokstavstolkning, systematisk tolkning, historisk tolkning och teleologisk tolkning.

30. Vid en bokstavstolkning har den tyska regeringen gjort gällande att frågan huruvida säljaren vid omleverans får kräva att konsumenten skall betala ersättning för användningen av den felaktiga varan inte regleras i direktiv 1999/44. Begreppen ”utan kostnad få varan återställd till avtalsenlighet” och ”byter ut [varan] … utan kostnad” i artiklarna 3.2 och 3.3 i direktiv 1999/44 avser, enligt den tyska regeringen, endast rätten till en kostnadsfri leverans, det vill säga genomförandet av ett utbyte av varan, vilket överensstämmer med artikel 3.4 i direktivet. Enligt den sistnämnda bestämmelsen omfattar begreppet utan kostnad ”särskilt frakt[kostnader]”. Begreppet ”utan väsentlig olägenhet för konsumenten” i artikel 3.3 tredje strecksatsen i direktiv 1999/44 innebär endast att säljaren inte får ställa upp några praktiska hinder för konsumenten när den senare utnyttjar sin rätt till utbyte.

31. Vid en systematisk tolkning av direktiv 1999/44 har den tyska regeringen utgått från att den första meningen i skäl 15 inte endast avser hävning utan istället av två olika anledningar uttrycker en allmän rättslig princip. För det första framgår det av det klara uttalandet i rådets gemensamma ståndpunkt av den 24 september 1998 [14] att de två fallen skall behandlas var för sig. Enligt detta dokument får medlemsstaterna ”anta bestämmelser om återbetalning i fall när konsumenten redan har haft nytta av varan samt detaljerade bestämmelser om hävande av avtalet”. För det andra nämns hävning av avtalet separat först i den andra meningen i skäl 15. Rätten till minskning av beloppet

14 — Gemensam ståndpunkt (EG) nr 51/98 antagen av rådet den 24 september 1998 inför antagandet av Europaparlamentets och rådets direktiv nr 98/. . ./EG om vissa aspekter rörande försäljning av konsumentvaror och härmed förknippade garantier (EGT C 333, s. 46).

som skall återbetalas nämns däremot i första meningen. Detta tyder på att beloppet som skall återbetalas kan minskas inte bara vid hävning av avtalet.

32. Inom ramen för en historisk tolkning har den tyska regeringen hänvisat till förslaget [15] och det ändrade förslaget till direktiv 1999/44 [16] där det tydligt framgår hur formuleringarna i artikel 3.2 i direktivet har utvecklats och som visar att direktivet endast reglerar frågan om att reparation skall ske kostnadsfritt, men inte att ett utbyte skall vara kostnadsfritt.

33. Vid en teleologisk tolkning av artikel 3 i direktiv 1999/44 framgår det enligt den tyska regeringen endast att konsumenten inte skall bära några direkta kostnader för att återställa varan i avtalsenligt skick. De tyska bestämmelserna strider inte mot syftet med direktiv 1999/44 – nämligen genomförandet av den inre marknaden och konsumentskyddet – eftersom utövandet av rätten till omleverans är möjlig utan några problem och byråkratiska hinder. Den tyska regeringen har även gjort gällande att domstolen i domen i målet Schulte [17] fastställde att effektiviteten av det europeiska konsumentskyddet inte äventyras om konsumenten vid hävning av ett fastighetskreditavtal inte bara skall återbetala de belopp som erhållits enligt låneavtalet utan även utge ränta. Enligt den tyska regeringens uppfattning utgör kravet på ersättning för användningen inte ett hinder för ett effektivt konsumentskydd, eftersom betalningen av en sådan ersättning utgör en mindre omfattande skyldighet än återbetalningen av lånet i domen i målet Schulte. Avslutningsvis har den tyska regeringen gjort gällande att konsumenten inte får dra någon fördel av att varan byts ut.

D — *Den österrikiska och den spanska regeringen samt kommissionen*

34. Den österrikiska regeringen anser att ett krav på ersättning för användningen endast är tillåtet vid hävning av avtalet, men däremot inte vid utbyte av varan. Möjligheten att kräva ersättning för användningen skulle leda till att rätten till reparation och rätten till utbyte bedömdes olika. Dessa två påföljder skall dock vara likvärdiga och konsumenten skall ha rätt att välja vilken påföljd han vill göra gällande. Ekonomiskt sett skulle konsumenten inte ha en sådan valmöjlighet om en reparation skulle vara kostnadsfri, medan ett utbyte av varan vore förbundet med ytterligare kostnader, det vill säga betalning av en ersättning för användningen.

15 — Förslag till Europaparlamentets och rådets direktiv om försäljning och garantier avseende konsumtionsvaror (KOM(95) 520 slutlig – COD 96/0161, EGT C 307, s. 8).

16 — Ändrat förslag till Europaparlamentets och rådets direktiv om försäljning och garantier avseende konsumtionsvaror (KOM(98) 217 slutlig – COD 96/0161, EGT C 148, s. 12).

17 — Dom av den 25 oktober 2005 i mål C-350/03, Schulte (REG 2005, s. I-9215), punkt 93.

35. Enligt den spanska regeringen omfattas ersättning för användningen inte av begreppet ”kostnader” i den mening som avses i artikel 3.4 i direktiv 1999/44, men ersättningen medför ändå ekonomiska konsekvenser för konsumenten och strider därmed mot principen om att ett utbyte av varan skall ske kostnadsfritt. Artikel 3.4 i direktiv 1999/44 skall tolkas så, att en konsument inte är skyldig att betala några kostnader som är direkt knutna till att varan byts ut.

VI — Generaladvokatens bedömning

A — *Inledande anmärkningar*

36. Vid den muntliga förhandlingen anförde kommissionen att begäran om förhandsavgörande kan tas upp till sakprövning, eftersom en prövning av huruvida den nationella rätten är förenlig med ett direktiv inom ramen för ett förhandsavgörande indirekt är en prövning av om medlemsstaten har uppfyllt sina skyldigheter enligt gemenskapsrätten. Möjligheten att kunna ta upp en begäran om förhandsavgörande till sakprövning kan inte vara beroende av om den nationella rätten kan tolkas i enlighet med gemenskapsrätten. I sitt skriftliga yttrande har kommissionen gjort gällande att begreppet ”utan kostnad” inte kan begränsas till att avse endast en kostnadsfri leverans av varan. Säljaren är enligt artikel 3.1 i direktiv 1999/44 när varan levereras ansvarig för samtliga avvikelser från vad som avtalats och skall därför enligt artikel 3.4 i direktivet svara för alla nödvändiga kostnader för att återställa varan till avtalsenligt skick. Minskningen av återbetalningen enligt skäl 15 i direktiv 1999/44 avser enligt kommissionen endast hävning av avtalet. Kommissionen har betonat betydelsen av en hög nivå på konsumentskyddet inom gemenskapsrätten och har angett att konsumenten genom att betala köpeskillingen har fullgjort sina förpliktelser och att ett krav på ersättning för användningen skulle störa jämvikten mellan säljaren och konsumenten. Enligt kommissionen är säljarens ekonomiska intressen tillräckligt skyddade genom att denne kan göra gällande att det är oproportionerligt att byta ut varan.

37. Den nationella domstolen har ställt frågan för att få klarhet i huruvida direktiv 1999/44 utgör hinder för nationella bestämmelser enligt vilka en säljare vid utbyte av en felaktig vara har rätt att av köparen kräva ersättning för dennes användning av varan. Denna rätt för säljaren följer av 439 § fjärde stycket BGB, avseende påföljderna avhjälpande och omleverans, jämförd med 346 § första stycket och andra stycket, första punkten, BGB, avseende följderna vid en hävning av avtalet. Enligt de nämnda bestämmelserna i BGB utvidgas således bestämmelserna om hävning till att även

omfatta omleverans av en vara. Domstolen skall i förevarande mål för första gången tolka direktiv 1999/44 inom ramen för en begäran om förhandsavgörande. [18]

38. I den tyska doktrinen har frågan huruvida rätten till ersättning för användning är tillåten lett till en omfattande akademisk diskussion. Till stöd för bestämmelserna hänvisar författarna oftast till lagmotiven till de relevanta bestämmelserna i BGB. [19] Detta ligger till grund för argumentet att omleverans utgör en ekonomisk fördel för konsumenten. [20] Till stöd för ståndpunkten att bestämmelserna är förenliga med direktiv 1999/44 hänvisas vanligtvis till skäl 15 i direktivet med argumentet att betalningen av ersättning för användningen inte hör till de nödvändiga kostnaderna för att återställa varan i avtalsenligt skick i den mening som avses i artikel 3.4 i direktivet. [21] Många författare har dock även hävdat att de tyska bestämmelserna strider mot direktiv 1999/44. [22] Dessa författare har, förutom bestämmelsernas oförenlighet med direktivet, även påpekat bristen på balans i dessa bestämmelser som tillåter säljaren att behålla de fördelar som han erhållit genom betalningen av köpeskillingen. [23]

B — *Upptagande till sakprövning*

39. Vad gäller frågan huruvida begäran om förhandsavgörande kan tas upp till sakprövning är det, vilket med rätta anfördes av kommissionen vid den muntliga förhandlingen, inte avgörande om en nationell bestämmelse på nationell nivå kan bli föremål för en direktivkonform tolkning. Principen att en tolkning *contra legem* inte är tillåten gäller endast när den nationella domstolen tolkar sin nationella rätt på ett sätt som står i överensstämmelse med gemenskapsrätten.

18 — Domstolen har hittills endast tagit ställning till direktiv 1999/44 i samband med fördragsbrottstalan. Se dom av den 19 februari 2004 i mål C-310/03, kommissionen mot Luxemburg (REG 2004, s. I-1969), och i mål C-312/03, kommissionen mot Belgien (REG 2004, s. I-1975).

19 — Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts, Deutscher Bundestag, Drucksache 14/6040, 14 maj 2001, s. 230–233.

20 — Se, bland annat, Huber, P., Faust., F., *Schuldrechtsmodernisierung. Einführung in das neue Recht*, C. H. Beck, München 2002, s. 335, punkt 55, Westermann, H. P. (utg.), *Das Schuldrecht 2002. Systematische Darstellung der Schuldrechtsreform*, Richard Boorberg Verlag, Stuttgart, München, Hannover, Berlin, Weimar, Dresden 2002, s. 138 och 139, Westermann, H. P., i *Münchener Kommentar zum BGB*, 4:e upplagan, C. H. Beck, München, 2004, kommentar rörande 439 §, punkt 17, samt Kandler, M., *Kauf und Nacherfüllung*, Gieseking, Bielefeld 2004, s. 556.

21 — Tiedtke, K., Schmitt, M., Probleme im Rahmen des kaufrechtlichen Nacherfüllungsanspruchs (Teil II), *Deutsches Steuerrecht*, nr. 48/2004, s. 2060, och Kandler, M., *Kauf und Nacherfüllung*, Gieseking, Bielefeld 2004, s. 557.

22 — Se, bland annat, Gsell, B., "Nutzungsentschädigung bei kaufrechtlicher Nacherfüllung?", *Neue Juristische Wochenschrift*, nr. 28/2003, s. 1974, Woitkewitsch, C., "Nutzunsersatzanspruch bei Ersatzlieferung?", *Verbraucher und Recht*, nr. 1/2005, s. 4, Rott, P., "Austausch der fehlerhaften Kaufsache nur bei Herausgabe von Nutzungen?", *Betriebs-Berater*, nr. 46/2004, s. 2479, samt Hoffmann, J., "Verbrauchsgüterkaufrechtsrichtlinie und Schuldrechtsmodernisierungsgesetz", *Zeitschrift für Rechtspolitik*, nr. 8/2001, s. 349.

23 — Roth, W. H., "Europäischer Verbraucherschutz und BGB", *Juristenzeitung. Sondertagung Schuldrechtsmodernisierung*, nr. 10/2001, s. 489, Brömmelmeyer, C., "Der Nacherfüllungsanspruch des Käufers als trojanisches Pferd des Kaufrechts?", *Juristenzeitung*, nr. 10/2006, s. 495; Schwab, M., "Schuldrechtsmodernisierung 2001/2002 – Die Rückabwicklung von Verträgen nach §§ 346ff. BGB n.F.", *Juristische Schulung*, nr. 7/2002, s. 637.

I samband med en begäran om förhandsavgörande kan det dock inte vara tal om något förbud mot att göra en tolkning *contra legem*. Syftet med tolkningen vid en begäran om förhandsavgörande är att, genom tolkning av gemenskapsrätten, säkerställa att gemenskapsrätten tillämpas korrekt och på ett enhetligt sätt i samtliga medlemsstater. [24]

40. Hänvisningarna till artikel 20 i Grundgesetz gäller uteslutande i tysk författningsrätt. Denna bestämmelse kan således inte ensam påverka huruvida begäran om förhandsavgörande kan tas upp till sakprövning. Förutsättningarna för att ta upp en begäran om förhandsavgörande till sakprövning regleras uteslutande i artikel 234 EG och inte i den nationella rätten. En annan tolkning skulle innebära att varje medlemsstat själv skulle kunna bestämma hur artikel 234 EG skall tillämpas, vilket skulle kunna leda till att gemenskapsrätten tillämpas olika i olika medlemsstater. Begäran om förhandsavgörande kan således tas upp till sakprövning.

C — *Bedömning*

41. Inledningsvis vill jag påpeka att medan det i BGB är tal om ”köpare” och ”säljare” så används i direktiv 1999/44 begreppen ”konsument” respektive ”säljare” som säljer konsumentvaror. I det förevarande målet omfattas köparen av begreppet ”konsument” [25], medan säljaren omfattas av begreppet ”säljare” [26] i den mening som avses i direktiv 1999/44. Försäljningen av spis-setet för privat bruk utgör försäljning av en ”konsumentvara” [27] i den mening som avses i direktivet.

42. Den centrala frågeställningen i det förevarande målet avser tolkningen av begreppet ”utan kostnad” i artikel 3 i direktiv 1999/44 och den därmed förbundna frågan om påföljden ”utbyte av varan utan kostnad” innebär att säljaren inte får kräva att

24 — Se, för ett liknande resonemang, dom av den 6 oktober 1982 i mål 283/81, CILFIT (REG 1982, s. 3415; svensk specialutgåva, volym 6, s. 513), punkt 7, av den 22 oktober 1987 i mål 314/85, Foto-Frost (REG 1987, s. 4199; svensk specialutgåva, volym 9, s. 233), punkt 15, och av den 6 december 2005 i mål C-461/03, Gaston Schul (REG 2005, s. I-10513), punkt 21.

25 — Enligt artikel 1.2 a i direktiv 1999/44 avses med konsument ”en fysisk person som genom sådana avtal som omfattas av detta direktiv handlar för ändamål som ligger utanför hans närings- eller yrkesverksamhet”.

26 — Enligt artikel 1.2 c i direktiv 1999/44 avses med säljare ”en fysisk eller juridisk person som enligt avtal säljer konsumentvaror inom ramen för sin närings- eller yrkesverksamhet”.

27 — Enligt artikel 1.2 b i direktiv 1999/44 avses med konsumentvaror ”alla lösa saker, utom
— varor som säljs exekutivt eller annars tvångsvis på grund av lag,
— vatten och gas när de inte saluhålls i begränsad volym eller bestämd kvantitet och
— elektricitet”.

konsumenten betalar ersättning för användningen av den felaktiga varan.

43. Vid en bokstavstolkning skall det först påpekas att säljaren enligt artikel 3.1 i direktiv 1999/44 ”skall vara ansvarig gentemot konsumenten för all bristande avtalsenlighet som föreligger när varan levereras”. Direktivet innehåller således en entydig bestämmelse om att ansvaret för fel i varan som föreligger när varan levereras ligger hos säljaren och att säljaren måste ansvara för att denne brister i fullgörandet av sina förpliktelser. Om man tillät en bestämmelse enligt vilken säljaren kan begära ersättning för användningen av varan, skulle säljaren inte omfattas av ett heltäckande ansvar för att undanröja de fel som finns i varan när den levereras. En del av ansvaret, som borde ha legat hos säljaren, kommer i sådana fall att läggas över på konsumenten.

44. Enligt artikel 3.2 i direktiv 1999/44 har konsumenten rätt att ”utan kostnad få varan återställd till avtalsenlighet”. Detta betyder att ett fel i varan på begäran av konsumenten i första hand kan undanröjas utan kostnad genom reparation eller utbyte. I det avseendet måste konsumenten enligt min uppfattning välja den påföljd – reparation eller utbyte – som är möjlig och proportionerlig. [28] Om både reparation och utbyte är omöjligt och oproportionerligt, kan konsumenten kräva prisavdrag eller att få häva avtalet. [29] I artikel 3.3 i direktiv 1999/44 upprepas uttryckligen att såväl reparation som utbyte skall ske ”utan kostnad”. Redan den sedvanliga innebörden av begreppet ”utan kostnad”, som förekommer i denna artikel, tyder på att de tyska bestämmelserna

28 — Se, för ett liknande resonemang, Grundmann, S., Bianca, C. M., *EU Kaufrechts-Richtlinie. Kommentar*, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln 2002, s. 82, punkt 108. Enligt författarnas åsikt kan konsumenten vid valet mellan reparation och utbyte inte kräva någonting som är oproportionerligt. Vid bedömningen av huruvida påföljden är oproportionerlig skall i första hand de kostnader som påföljden innebär för säljaren beaktas. Även Westermann betonar att konsumentens val mellan reparation och utbyte sker med förbehåll för att konsumentens krav inte är omöjliga och att de är proportionerliga. Se Westermann, H. P., ”Das neue Kaufrecht enschließlich des Verbrauchsgüterkaufs”, *Juristenzeitung*, nr. 10/2001, s. 537. Enligt Grundmanns och Biancas uppfattning är det möjligt att hävda att rätten till utbyte i direktiv 1999/44 förutsätter ett väsentligt avtalsbrott. Se Grundmann, S., Bianca, M. C., *EU Sales Directive. Commentary, Intersentia*, Antwerpen, Oxford, New York 2002, s. 162. Možina hyser en liknande uppfattning. Han anser att rätten till utbyte förutsätter mer än ett lindrigt avtalsbrott. Se Možina, D., *Kršitev pogodbe*, GV Založba, Ljubljana 2006, s. 229. Även enligt artikel 46.2 i Wienkonventionen angående avtal om internationella köp av varor kan köparen endast kräva omleverans om felet utgör ett väsentligt avtalsbrott. Detta understryks även av Schlechtriem, P., *Internationales UN-Kaufrecht*, 4:e upplagan, Mohr Siebeck, Tübingen 2007, s. 134, punkt 185. Avseende Wienkonventionen förklarar Grundmann att köparen visserligen har en rätt att välja, men inte får välja en påföljd som är oproportionerlig jämfört med andra. Grundmann, S., ”Regulating Breach of Contract – The Right to Reject Performance by the Party in Breach”, *European Review of Contract Law*, nr. 2/2007, s. 132 och 133. Enligt artikel 9:102 första stycket i principerna för den europeiska avtalsrätten (PECL) får den part som lider skada kräva att avtalet fullgörs på ett korrekt sätt (remedying of a defective performance). I artikel 9:102 andra stycket a och b, som också reglerar kravet att avtalet skall fullgöras på ett korrekt sätt, fastställs att ett fullgörande inte kan krävas om det strider mot lag eller om det är omöjligt eller om det medför oskäliga ansträngningar eller kostnader för gäldenären. Lando, O., Beale, H. (utg.), *Principles of European Contract Law*, Kluwer Law International, Haag, London, Boston 2000, s. 394 och 395.

29 — Enligt artikel 3.3 och 3.5 i direktiv 1999/44 skall konsumenten göra sina rättigheter gällande i två steg. I första hand kan konsumenten kräva att varan skall repareras eller bytas ut, i båda fallen utan kostnad. Endast i andra hand kan konsumenten kräva ett skäligt prisavdrag eller häva avtalet.

strider mot direktivet.[30] I artikel 3.4 i direktiv 1999/44 definieras begreppet ”utan kostnad”. De tyska bestämmelserna är oförenliga med denna definition av två skäl.

45. För det första stadgas i bestämmelsen uttryckligen att begreppet ”utan kostnad” omfattar ”nödvändiga kostnader som uppkommer för att få varan återställd till avtalsenlighet”. Oberoende av om säljaren kräver ersättning för användningen som villkor för att byta ut varan eller först byter ut varan och sedan kräver ersättning för användningen, kan ersättningen ses som en kostnad för att återställa varan till avtalsenligt skick. Definitionen av begreppet ”utan kostnad” skall tolkas tillsammans med artikel 3.1 i direktiv 1999/44. Enligt denna bestämmelse skall säljaren ansvara för *alla* brister som föreligger vid leveransen. Av detta följer att säljaren skall bära samtliga kostnader för att återställa varan till avtalsenligt skick.

46. För det andra skall det, i fråga om den tyska regeringens argument att kostnaderna omfattar ”*särskilt* frakt-, arbets- och materialkostnader”, påpekas att denna uppräkning endast innehåller exempel och inte är uttömmande. Genom uttrycket ”särskilt” har gemenskapslagstiftaren endast avsett att räkna upp de vanligaste formerna av kostnader som kan uppkomma vid utbyte av varan, utan att begränsa tillämpningsområdet för den ifrågavarande bestämmelsen. Med stöd av principen *exempla illustrant non restringunt legem* kan det konstateras att ”kostnader” inte endast avser kostnaderna för leveransen av en felfri vara.[31] Av den ifrågavarande definitionen framgår således att begreppet ”utan kostnad” omfattar kostnader för att återställa varan i avtalsenligt skick, vilket omfattar såväl de kostnader som räknats upp som exempel som samtliga övriga kostnader som kan uppkomma vid utbyte av varan.

47. En ytterligare fråga som måste besvaras är om kravet på ersättning för användningen av varan medför en ”väsentlig olägenhet” för konsumenten i den mening som avses i artikel 3.3 tredje strecksatsen i direktiv 1999/44. I detta avseende håller jag med den österrikiska regeringen, som har anfört att betalning av ersättning för användningen utgör en ”väsentlig olägenhet” i den mening som avses i direktivet. Begreppet ”väsentlig olägenhet” omfattar inte bara praktiska hinder när utbytet skall genomföras

30 — Enligt Oppermann måste utgångspunkten vid en bokstavstolkning av gemenskapsrätten vara ”ordens normala och naturliga mening i deras direkta sammanhang i meningen”. Se Oppermann, T., *Europarecht*, 3:e upplagan, Verlag C. H. Beck, München 2005, s. 207, punkt 20.

31 — I doktrinen har Oppermann varnat för att bestämmelsernas mening kan förvridas på detta sätt genom tolkning. Se Oppermann, a.a., s. 209, punkt 23.

utan även olägenheter i allmänhet. En ekonomisk ”olägenhet” är en ytterligare olägenhet som enligt min mening till och med kan vara allvarligare än praktiska hinder som konsumenten kan möta vid ett utbyte av varan.

48. Utöver detta åtnjuter säljaren, vilket kommissionen med rätta har betonat i sitt skriftliga yttrande, ett tillräckligt skydd för sina ekonomiska intressen genom möjligheten för denne att åberopa att den av konsumenten valda påföljden är oproportionerlig. Enligt artikel 3.3 andra stycket i direktiv 1999/44 är en påföljd oproportionerlig ”om den åsamkar säljaren kostnader som är orimliga i jämförelse med den alternativa påföljden”. Om säljaren skulle åsamkas orimliga kostnader genom att byta ut varan, kan han således vägra konsumenten ett utbyte. Om inte heller en reparation är möjlig eller proportionerlig, kan konsumenten välja en underordnad påföljd och kräva prisavdrag eller hävning av avtalet. Säljaren åtnjuter följaktligen ett tillräckligt skydd enligt direktivet, medan konsumenten enligt direktivet ges en möjlighet att effektivt göra sina rättigheter gällande. [32]

49. Hänsyn bör även tas till de följder som kravet på betalning av ersättning för användning av varan får i praktiken. Om säljaren kräver att konsumenten skall betala ersättning för användningen av varan och en reparation inte är möjlig, så kvarstår inte många möjligheter för konsumenten. Om säljaren ställer upp betalningen av den nämnda ersättningen som villkor för utbyte, kan konsumenten antingen betala ersättningen och erhålla en ny vara eller avstå från en ny vara. Även om säljaren inte villkorar utbytet av varan genom att kräva ersättning för användningen före leveransen, utan kräver denna ersättning på ett senare stadium, kan konsumenten bli osäker på om han skall begära att varan byts ut eller inte. I praktiken kan det därför förekomma att konsumenten på grund av kravet på ersättning för användningen inte gör sin rätt till utbyte av varan gällande. Detta skulle under alla omständigheter strida mot andemeningen i och syftet med direktiv 1999/44. I teorin kan konsumenten med stöd av bestämmelserna i artikel 3.5 tredje strecksatsen i direktiv 1999/44 göra gällande att ett utbyte av varan skulle medföra väsentliga olägen-

32 — I detta sammanhang vill jag dessutom påpeka att säljaren enligt direktiv 1999/44 även skyddas genom de bestämmelser som tidsbegränsar säljarens ansvar. Se skäl 17 och artikel 5.1 i direktiv 1999/44.

heter för honom och hos säljaren framställa krav på prisavdrag eller hävning av avtalet. Det är dock tveksamt om en sådan invändning faktiskt skulle beaktas mot bakgrund av de aktuella tyska bestämmelserna. En sådan situation skulle kunna avhålla konsumenten helt från att göra gällande några rättigheter som grundar sig på bestämmelserna i direktiv 1999/44. I praktiskt hänseende bör hänsyn även tas till att kravet på ersättning för användningen av varan är särskilt problematiskt när det är fråga om produkter vars värde sjunker fort och där priset kan falla väsentligt på grund av utvecklingen av nya modeller under tiden mellan köpet och utbytet av varan, som till exempel i fråga om datorer, mobiltelefoner och personbilar. [33] I dessa fall erhåller köparen en modell som vid tidpunkten för utbytet är värd mindre än vid tidpunkten när varan köptes och måste därutöver betala ersättning för användningen.

50. Redan vid en bokstavstolkning av artikel 3 i direktiv 1999/44 framgår således att direktivet utgör hinder för sådana bestämmelser som de tyska. Även om en bokstavstolkning enligt min mening redan ger ett entydigt svar på frågan från den nationella domstolen, [34] utgör denna tolkning endast en utgångspunkt som måste bekräftas av andra tolkningsmetoder. [35] Även en teleologisk och en systematisk tolkning leder utan tvivel till den slutsatsen att direktiv 1999/44 utgör hinder för sådana bestämmelser som de tyska. Till stöd för detta finner jag flera argument.

51. Vid en teleologisk tolkning av direktiv 1999/44 framgår det att dess syfte är en hög konsumentskyddsnivå. Detta framgår av artiklarna 3.1 t EG och 153.1 EG. [36] Enligt den sistnämnda bestämmelsen skall gemenskapen, för att främja konsumenternas

33 — I den tyska doktrinen belyser Ball, W., ”Die Nacherfüllung beim Autokauf”, *Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht*, nr. 5/2004, s. 222, problemet med storleken på ersättningen för användningen vid köp av en personbil som inte är i avtalsenligt skick. Schulze och Ebers använder sig av följande exempel: En köpare förvärvar en dator med en genomsnittlig livslängd på två år för 2 000 euro. En månad innan den tvååriga garantitiden löper ut, visar det sig att hårddisken är behäftad med ett fel som inte kan avhjälpas, men säljaren är endast villig att företa en omleverans om köparen betalar en ersättning för användningen om 1 916 euro. Jag vill här peka på att datorns nypris på marknaden på grund av den teknologiska utvecklingen kan ha sjunkit till endast 500 euro vid tidpunkten då felet visar sig. Se Schulze, R., Ebers, M., ”Streitfragen im neuen Schuldrecht”, *Juristische Schulung*, nr. 4/2004, s. 369.

34 — Enbart en bokstavstolkning är tillräcklig om det är uppenbart att en bestämmelse endast kan tolkas på ett enda sätt. Sådana exempel är dock ovanliga (till exempel vid tidsfrister). Se, för ett liknande resonemang, dom av den 9 mars 1978 i mål 79/77, Kühlhaus Zentrum (REG 1978, s. 611), punkt 6. I denna dom tolkade domstolen en gemenskapsrättslig bestämmelse endast enligt en bokstavstolkning. Om man genom en bokstavstolkning inte kan komma till ett entydigt resultat skall även andra tolkningsmetoder användas. Se, i detta avseende, bland annat generaladvokat Poiares Maduros förslag till avgörande av den 18 juli 2007 i mål C-64/05 P, Sverige mot kommissionen, målet anhängigt vid domstolen, punkt 37, där en bokstavstolkning av gemenskapsbestämmelsen inte gav ett entydigt svar, vilket medförde att det var nödvändigt att sätta bestämmelsen i sitt allmänna normativa sammanhang och ta hänsyn till syftet med rättsakten i vilken bestämmelsen ingår.

35 — Se dom av den 20 mars 1980 i mål 118/79, Knauf Westdeutsche Gipswerke (REG 1980, s. 1183), punkterna 5 och 6, där domstolen slog fast att endast en bokstavstolkning av bestämmelsen som det var fråga om i det målet inte var tillräcklig.

36 — Det rör sig således om ett mål som objektivt sett går att utläsa ur bestämmelsen. Avseende målets objektivitet som centralt begrepp vid en teleologisk tolkning, se exempelvis Alexy, R., *A Theory of Legal Argumentation. The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification*, Clarendon Press, Oxford 1989, s. 241. I fråga om den teleologiska tolkningens betydelse i gemenskapsrätten, se exempelvis Schermers, H. G., Waelbroeck, D. F., *Judicial Protection in the European Union,* Kluwer Law International, Haag, London, New York 2001, s. 20 och följande sidor.

intressen och säkerställa en hög konsumentskyddsnivå, bidra till att skydda konsumenternas hälsa, säkerhet och ekonomiska intressen.[37] Det är uppenbart att sådana bestämmelser som de tyska motverkar gemenskapens ansträngningar för att säkerställa en så hög konsumentskyddsnivå som möjligt och särskilt ansträngningarna för att skydda konsumenternas ekonomiska intressen.

52. Inom ramen för konsumentskyddet är det särskilda syftet[38] med direktiv 1999/44 att säkerställa en minsta harmonisering av bestämmelserna om försäljning av konsumentvaror och härmed förknippade garantier.[39] Kravet på en minsta harmoniseringsgrad framgår såväl av skäl 24 som av artikel 8.2 i direktiv 1999/44, enligt vilka det är tillåtet för medlemsstaterna att anta eller behålla konsumentskyddsbestämmelser som är strängare än direktivets bestämmelser. En teleologisk tolkning leder till det entydiga resultatet att de tyska bestämmelserna, som tillhandahåller en *lägre* skyddsnivå för konsumenter än vad som föreskrivs i direktiv 1999/44, *a fortiori* strider mot bestämmelserna i direktiv 1999/44. Jag vill dessutom påpeka att bestämmelserna i direktiv 1999/44 tillhandahåller tvingande normer för konsumentskyddet och att parterna inte genom avtal kan enas om en lägre konsumentskyddsnivå och på detta sätt utesluta möjligheten till ett kostnadsfritt utbyte av varan.[40]

37 — Att få den inre marknaden att fungera bättre kommer även i framtiden att vara ett av huvudmålen för konsumentpolitiken. Kommissionen betonar i sin strategi för konsumentpolitiken 2007–2013 att den inre marknaden ”fortfarande [utgör] den grundläggande ramen för konsumentpolitiken. Konsumentpolitiken är också nyckeln till en bättre inre marknad”. Se meddelande från kommissionen till rådet, Europaparlamentet och Europeiska ekonomiska och sociala kommittén – EU:s strategi för konsumentpolitiken 2007–2013 – Starkare konsumenter, högre välbefinnande för konsumenterna och ett effektivt konsumentskydd, KOM(2007) 99 slutlig. Bestämmelserna i direktiv 1999/44 kommer troligen att ingå i utkastet till en europeisk civillag, i vilken betydelsen av konsumentskydd kommer att framgå tydligt. Se, i detta avseende, Heutger, V., ”Konturen des Kaufrechtskonzepts der Study Group on a European Civil Code – Ein Werkstattbericht”, *European Review of Private Law*, nr. 2/2003, s. 159.

38 — Reisenhuber framhåller att det inom ramen för den teleologiska tolkningen är avgörande att slå fast det specifika och inte endast det allmänna syftet med bestämmelserna. Se Reisenhuber, K., Die Auslegung, i Reisenhuber, K., *Europäische Methodenlehre. Handbuch für Ausbildung und Praxis*, De Gruyter Recht, Berlin 2006, s. 261, punkt 41.

39 — I detta avseende skiljer sig direktiv 1999/44 till exempel från direktiv 85/374/EEG, vars syfte är att säkerställa en fullständig harmonisering av lagar och andra författningar om skadeståndsansvar för produkter med säkerhetsbrister. Se rådets direktiv 85/374/EEG av den 25 juli 1985 om tillnärmning av medlemsstaternas lagar och andra författningar om skadeståndsansvar för produkter med säkerhetsbrister (EGT L 210, s. 29; svensk specialutgåva, område 15, volym 6, s. 239). Se i det avseendet domar av den 25 april 2002 i mål C-52/00, kommissionen mot Frankrike (REG 2002, s. I-3827), punkt 24, i mål C-154/00, kommissionen mot Grekland (REG 2002, s. I-3879), punkt 20, och i mål C-183/00, González Sánchez (REG 2002, s. I-3901), punkterna 26 och 28. Se även förslag till avgörande av generaladvokat Geelhoed av den 20 september 2001 i mål C-52/00, kommissionen mot Frankrike och mål C-183/00, González Sánchez (REG 2002, s. I-3879), punkt 56.

40 — Tvingande bestämmelser drar upp gränser för avtalsfriheten som inte får överträdas av kontrahenterna i avtalet. Se, bland annat, Schmidt Kessel, M., ”Europäisches Vertragsrecht”, i Reisenhuber, K., *Europäische Methodenlehre. Handbuch für Ausbildung und Praxis*, De Gruyter Recht, Berlin 2006, s. 397, punkt 15. I den tyska doktrinen pekar bland andra Grundmann, ”Internationalisierung und Reform des deutschen Kaufrechts”, i Grundmann, S., Medicus, D., Rolland, W., *Europäisches Kaufgewährleistungsrecht. Reform und Internationalisierung des deutschen Schuldrechts*, Carl Heymanns Verlag, Köln, Berlin, Bonn, München 2000, s. 317, på den tvingande karaktären i artikel 3 i direktiv 1999/44.

53. Av skälen 2, 4 och 5 i direktiv 1999/44 framgår klart att ansträngningarna för att uppnå en hög konsumentskyddsnivå syftar till att den inre marknaden skall fungera friktionsfritt [41] för att konsumenterna fritt skall kunna köpa varor i andra medlemsstater. [42] En högre konsumentskyddsnivå kan således främja den så kallade passiva fria rörligheten för varor och tjänster, som innebär att konsumenter köper varor eller erhåller tjänster i andra medlemsstater. [43] För att säkerställa den fria rörligheten för varor och tjänster måste villkoren för konsumenterna vara så enhetliga som möjligt vid köp av varor och utnyttjandet av tjänster, vilket även gäller villkoren för att utbyte skall ske kostnadsfritt. Dessa villkor kan i Tyskland vara mindre förmånliga på grund av säljarens rätt att kräva ersättning för användningen, vilket kan leda till störningar av den inre marknaden och till inskränkningar i den fria rörligheten för varor och tjänster. I detta sammanhang vill jag även påpeka att det i vissa andra medlemsstater inte är möjligt för säljaren att av konsumenten kräva ersättning för användningen av en felaktig vara. [44] Man kan tänka sig att en konsument från en annan medlemsstat som i Tyskland har krävts på betalning av ersättning för användningen av varan, drar sig för att handla på nytt i denna medlemsstat.

54. Att syftet med direktiv 1999/44 [45] är att få den inre marknaden att fungera bättre

41 — Jämför Weatherill, S., *EU Consumer Law and Policy*, Edward Elgar, Northampton 2005, s. 63. I fråga om gemenskapens bestämmelser på privaträttens område i allmänhet, som syftar till att upprätta den inre marknaden och att få den att fungera, hänvisas till Müller-Graff, ”Europäisches Gemeinschaftsrecht und Privatrecht – Das Privatrecht in der europäischen Integration”, *Neue Juristische Wochenschrift*, nr. 1/1993, s. 18.

42 — Jag hänvisar här till skäl 5 i direktiv 1999/44, enligt vilket en minimiuppsättning av konsumenträttsliga bestämmelser kommer att stärka konsumenternas förtroende, vilka lättare kan dra nytta av den inre marknaden. Grundmann och Bianca hävdar att det har visat sig nödvändigt ur ett konsumentköpsperspektiv att förbättra sättet som den inre marknaden fungerar på, eftersom konsumenter avhåller sig från att handla utomlands framförallt på grund av ovissheten om nivån på garantier, språkhinder och svårigheter vid tvistlösning. Grundmann, S., Bianca, C. M., *EU Kaufrechts-Richtlinie. Kommentar* (ovan fotnot 28), s. 28, punkt 16. Kommissionen har i sin Grönbok om översynen av konsumentregelverket (KOM(2006) 744 slutlig, s. 4) påpekat att ”[s]yftet är … att stärka konsumenternas förtroende för den inre marknaden genom att garantera dem ett gott skydd i hela EU”.

43 — Betydelsen av den passiva aspekten av den fria rörligheten för varor och tjänster har flera gånger betonats av domstolen i dess praxis. I fråga om den passiva fria rörligheten för tjänster, se bland annat dom av den 31 januari 1984 i de förenade målen 286/82 och 26/83, Luisi och Carbone (REG 1984, s. 377; svensk specialutgåva, volym 7, s. 473), punkt 10, och av den 11 september 2007 i mål C-318/05, kommissionen mot Tyskland (REG 2007, s. I-6957), punkt 65. I fråga om den passiva fria rörligheten för varor, se bland annat dom av den 7 mars 1990 i mål C-362/88, GB-INNO-BM (REG 1990, s. I-667; svensk specialutgåva, volym 10, s. 349). Avseende denna problematik, se även Wichard, J.C., i Calliess, C., Ruffert, M. (utg.), *EUV/EGV. Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta. Kommentar*, 3:e upplagan, Verlag C. H. Beck, München 2007, s. 1698.

44 — Se till exempel österrikisk, fransk, irländsk, slovensk och spansk lagstiftning. I fråga om Österrike, se 8 § tredje stycket i Konsumentenschutzgesetz (konsumentskyddslagen) och 932 § första till tredje stycket i Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (civillagen). I Frankrike regleras detta i artiklarna L.211-9 och L.211-10 i Code de la consommation (konsumentlagen), i Irland i Reg. 7(1), (3), (5) och (6) i European Communitites (Certain Aspects of the Sale of Consumer Goods and Associated Guarantees) Regulations 2003 (Bestämmelser från Europeiska gemenskapen 2003 (rörande vissa aspekter av konsumentköp och därmed förknippade garantier)), i Slovenien genom artikel 37 c i Zakona o varstvu potrošnikov (konsumentskyddslagen) och i Spanien genom artiklarna 4 första stycket, 5 första stycket och 6 a och b i Ley 23/2003, de garantías en la venta de bienes de consumo (lag 23/2003 om garantier vid konsumentköp). Dessa uppgifter stammar från ett forskningsprojekt som leds av Professor Hans Schulte-Nölke. Schulte-Nölke, H., *EC Consumer Law Compendium*, Universität Bielefeld, Bielefeld 2007.

45 — Det dubbla målet med direktiv 1999/44 – en hög konsumentskyddsnivå och den inre marknadens funktion – betonas även av Možina, D., ”Direktiva 1999/44/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 25. maja 1999 o nekaterih vidikih prodaje potrošniškega blaga in z njim povezanih garancij”, i Trstenjak, V., Knez, R., Možina, D., *Evropsko pravo varstva potrošnikov. Direktive ES/EU z uvodnimi pojasnili*, GV Založba, Ljubljana 2005, s. 69. I fråga om normer som har flera mål, se i doktrinen Engisch, K., *Einführung in das juristische Denken*, 4: e upplagan, Kohlhammer Verlag, Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz 1956, s. 80.

framgår även av den rättsliga grunden för direktivet, nämligen artikel 95 EG. [46] Enligt rättspraxis och doktrin kan artikel 95 EG endast utgöra rättslig grund för en gemenskapsrättsakt om rättsakten faktiskt syftar till att bidra till att upprätta den inre marknaden och få den att fungera bättre och om den bidrar till att undanröja hinder för den fria rörligheten för varor eller tjänster eller till att undanröja snedvridningar av konkurrensen. [47] Rättsakter där en harmonisering endast utgör en sidoeffekt av bestämmelserna, kan inte antas med denna artikel som rättslig grund. [48]

55. Inte heller vid en systematisk tolkning blir slutsatsen att det enligt skäl 15 i direktiv 1999/44 skulle vara tillåtet att begära ersättning för användningen. Först vill jag påminna om den formella (yttre) aspekten av denna bestämmelse. [49] Av systematiken i skäl 15 framgår klart att den endast avser hävning av avtalet. Att hävning av avtalet endast nämns i andra meningen i skäl 15 betyder inte att den första och den andra meningen skall läsas var för sig. Snarare skall skäl 15 ses som en helhet. Läser man skäl 15 på detta sätt, är det uppenbart att en minskning av ersättningen till konsumenten endast är möjlig vid hävning av avtalet.

56. För det andra skall den materiella (inre) systematiken i direktiv 1999/44 beaktas vid en systematisk tolkning Denna materiella (inre) systematik måste utgöra en koherent helhet utan inre motsägelser. [50] Om säljarens krav på ersättning för användningen skulle tillåtas med stöd av skäl 15, skulle detta innebära att skäl 15 och artikel 3 i direktivet, i vilken det föreskrivs att utbytet skall vara kostnadsfritt, vore motstridiga. Dessutom vill jag påpeka att den tolkning av skäl 15

46 — Även Reisenhuber (ovan fotnot 38), s. 261, punkt 40, uppmärksammar att den rättsliga grunden för en bestämmelse kan visa på syftet med bestämmelsen i fråga.

47 — I fråga om artikel 95 som rättslig grund, se bland annat domstolens dom av den 10 december 2002 i mål C-491/01, British American Tobacco (Investments) och Imperial Tobacco (REG 2002, s. I-11453), punkterna 59 och 60, av den 14 december 2004 i mål C-210/03, Swedish Match (REG 2004, s. I-11893), punkt 29, och av den 12 december 2006 i mål C-380/03, Tyskland mot parlamentet och rådet (REG 2006, s. I-11573), punkt 37. Se i doktrinen även Wichard, J.C., i Calliess, C., Ruffert, M. (utg), *EUV/EGV. Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta. Kommentar*, 3. upplagan, Verlag C. H. Beck, München 2007, s. 1702.

48 — Se dom av den 4 oktober 1991 i mål C-70/88, parlamentet mot rådet (REG 1991, s. I-4529; svensk specialutgåva, volym 11, s. I-405), punkt 17, av den 5 oktober 2000 i mål C-376/98, Tyskland mot parlamentet och rådet (REG 2000, s. I-8419), punkt 33, och av den 6 december 2005 i mål C-66/04, Förenade kungariket mot parlamentet och rådet (REG 2005, s. I-10553), punkterna 59 och 64.

49 — I fråga om argumenten rörande den ”yttre” aspekten, se bland annat Larenz, *Methodenlehre der Rechtwissenschaft*, 6. upplagan, Springer, Berlin, Heidelberg 1991, s. 326.

50 — I doktrinen har Alexy, R., *A Theory of Legal Argumentation. The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification*, Clarendon Press, Oxford 1989, s. 240, uppmärksammat frågan om avsaknad av motsägelser som argument vid en systematisk tolkning.

som den tyska regeringen har framfört, saknar motsvarighet i själva bestämmelserna i direktiv 1999/44.

57. Jag kan inte heller dela den tyska regeringens åsikt att en historisk tolkning av artikel 3.2 i direktiv 1999/44 visar att säljaren har rätt att kräva att konsumenten skall betala ersättning för användningen av varan.

58. Att formuleringen i direktiv 1999/44 ändrades, från ”reparera varan utan kostnad eller att byta ut varan” [51] i kommissionens sista förslag, till ”reparerar varan eller byter ut den, i *båda fallen* utan kostnad” [52] är endast ett argument för att även utbyte alltid skall ske utan kostnad. [53] Den ändrade ordalydelsen är enligt min mening ytterligare ett bevis på att gemenskapslagstiftaren utan tvekan avsåg att föreskriva att inte bara reparation skulle vara kostnadsfritt, utan även att utbyte skulle vara kostnadsfritt och att detta är anledningen till att lagstiftaren valde att inte följa kommissionens ursprungliga förslag. Förlikningskommitténs pressmeddelande [54], som den tyska regeringen har åberopat som stöd för att begreppet ”utan kostnad” är begränsat till kostnaderna för att reparera varan, särskilt frakt-, arbets- och materialkostnader, leder till samma slutsats. Ordalydelsen i direktiv 1999/44 skiljer sig från texten i pressmeddelandet, vilket är ytterligare ett bevis för att direktiv 1999/44 entydigt syftade till att även införa kostnadsfritt utbyte av varan. [55]

59. Dessutom vill jag betona att – även om den historiska tolkningen antyder en lösning som den som har föreslagits av den tyska regeringen – denna tolkningsmetod inte är

51 — Artikel 3.4 i det ändrade förslaget till Europaparlamentets och rådets direktiv om försäljning och garantier avseende konsumtionsvaror (KOM(1998) 217 slutlig – COD 96/0161, EGT C 148, 1998, s. 12).

52 — Min kursivering.

53 — Se dom av den 1 juni 1961 i mål 15/60, Simon mot domstolen (REG 1960, s. 225), där domstolen slog fast att om ordalydelsen i ett förslag till en bestämmelse skiljer sig från den slutliga versionen, innebär detta även en skillnad i betydelse såvida inte motsatsen har visats. I doktrinen, se bland annat Baldus, C., ”Historische und vergleichende Auslegung im Gemeinschaftsprivatrecht – Zur Konkretisierung der geringfügigen Vertragswidrigkeit”, i Baldus, C., Müller-Graff, P.-C. (utg.), *Die Generalklausel im Europäischen Privatrecht*, Sellier. European Law Publishers, München 2006, s. 4.

54 — Förlikningskommittén Europaparlamentet – rådet, överenskommelse om garantier för konsumentvaror, Bryssel den 18 mars 1999, dok. nr C/99/77.

55 — På samma sätt har domstolen redan slagit fast i sin praxis att innehållet i förberedande dokument som inte har kommit till uttryck i en sekundärrättslig bestämmelse inte kan tillmätas betydelse vid tolkningen av densamma. Domstolen har slagit fast att om en förklaring i ett mötesprotokoll från rådet inte har kommit till uttryck i en sekundärrättslig bestämmelse kan den inte tillmätas betydelse vid tolkningen av densamma. Se dom av den 26 februari 1991 i mål C-292/89, Antonissen (REG 1991, s. I-745; svensk specialutgåva, volym 11, s. I-55), punkt 18, av den 8 juni 2000 i mål C-375/98, Epson Europe (REG 2000, s. I-4243), punkt 26, av den 10 januari 2006 i mål C-402/03, Skov och Bilka (REG 2006, s. I-199), punkt 42, och av den 19 april 2007 i mål C-356/05, Farrell (REG 2007, s. I-3067), punkt 31. Se även exempelvis förslaget till avgörande av generaladvokat Kokott av den 18 juli 2007 i mål C-175/06, Tedesco, punkt 69, och av den 13 juli 2006 i mål C-278/05, Robins m.fl., där domstolen meddelade dom den 25 januari 2007 (REG 2007, s. I-1059), punkt 81.

tillräcklig i sig och inte kan vara avgörande, [56] eftersom denna metod vid tolkningen av gemenskapsrättsliga bestämmelser endast är av underordnad betydelse. [57] Den rättsliga betydelsen av gemenskapsrättsliga bestämmelser framgår endast av de ifrågavarande bestämmelserna med hänsyn till deras sammanhang och syfte. [58]

60. Inom ramen för detta förslag till avgörande är det nödvändigt att ta ställning till två andra argument som har framförts av den tyska regeringen. Det första av dessa argument avser domen i målet Schulte och det andra avser frågan om konsumenten erhåller en otillbörlig ekonomisk fördel vid utbyte av den köpta varan.

61. Domen i målet Schulte, [59] som den tyska regeringen har åberopat, kan enligt min mening inte tillämpas på frågan om ersättning för användningen.

62. För det första gäller domen i målet Schulte konsumentskydd vid hävning av avtalet, det vill säga anspråk av annan karaktär än vad som är fallet vid utbyte av varan. Dessutom skall det påpekas att domen i målet Schulte inte handlade om hävning av avtalet på grund av fel i varan, som regleras i artikel 3.5 i direktiv 1999/44, utan om hävning av ett låneavtal. I domen i målet Schulte fastställde domstolen att direktiv 85/577 [60] inte utgör något hinder för att det i en nationell lagstiftning föreskrivs att ”konsumenten, om ett fastighetskreditavtal hävs, inte endast är skyldig att återbetala de belopp som erhållits enligt låneavtalet utan även att utge marknadsmässig ränta till långivaren”. [61] I detta avgörande har domstolen således accepterat en nationell bestämmelse som är ett uttryck för principen att båda parter måste lämna tillbaka vad de har tagit emot. Om man begär att en felaktig vara skall bytas ut är situationen emellertid en annan. Vid krav på

56 — Se förslag till avgörande av generaladvokat Kokott av den 7 september 2006 i mål C-284/04, T-Mobile Austria m.fl., där domstolen meddelade dom den 26 juni 2007 (REG 2007, s. I-5189), punkt 88, och i målet Robins m.fl. (ovan fotnot 55), punkterna 80 och 81.

57 — Oppermann, T., *Europarecht*, 3 upplagan, Verlag C. H. Beck, München 2005, s. 209, punkt 25; Schulte-Nölke, H., ”Elf Amtssprachen, ein Recht? Folgen der Mehrsprachigkeit für die Auslegung von Verbraucherschutzrichtlinien”, i Schulze, R., *Auslegung europäischen Privatrechts und angeglichenen Rechts*, Nomos Verlag, Baden-Baden 1999, s. 158. Även Schermers och Waelbroeck anser att förarbeten endast i undantagsfall används vid tolkningen av gemenskapsrätten. Se Schermers, H. G., Waelbroeck, D. F., *Judicial Protection in the European Union*, Kluwer Law International, Haag, London, New York 2001, s. 16. I belgisk doktrin betonas de begränsade möjligheterna till en historisk tolkning bland annat av Mertens de Wilmars, ”Réflexions sur les méthodes d'interprétation de la Cour de justice des Communautés européennes”, *Cahiers de droit européen*, nr. 1/1986, s. 14 och 15. För ett liknande resonemang, se Rideau, J., *Droit institutionnel de l'Union et des Communautés Européennes*, 4:e upplagan, L.G.D.J., Paris 2002, s. 182, och Arnull, A., *The European Union and its Court of Justice*, 2:a upplagan, Oxford University Press, Oxford 2006, s. 619.

58 — Se bland annat dom av den 15 april 1986 i mål 237/84, kommissionen mot Belgien (REG 1986, s. 1247), punkt 17, och av den 10 december 1991 i mål C-306/89, kommissionen mot Grekland (REG 1991, s. I-5863), punkt 8.

59 — Dom av den 25 oktober 2005 i mål C-350/03, Schulte (REG 2005, s. I-9215). För en liknande dom, se dom av den 25 oktober 2005 i mål C-229/04, Crailsheimer Volksbank (REG 2005, s. I-9273).

60 — Rådets direktiv 85/577/EEG av den 20 december 1985 för att skydda konsumenten i de fall då avtal ingås utanför fasta affärslokaler (EGT L 372, s. 31; svensk specialutgåva, område 15, volym 7, s. 83).

61 — Domen i målet Schulte (ovan fotnot 59), punkt 93.

utbyte på grund av fel i varan gäller inte principen att parterna skall lämna tillbaka vad de har tagit emot. Det är istället fråga om principen att avtalet skall tolkas *favor contractus*, som innebär att avtalet består i den mån som det är möjligt. Syftet med utbyte av varan är således att förpliktelserna enligt avtalet skall fullgöras.

63. För det andra framgår av domen i målet Schulte principen att konsumenten, om avtalet hävs, inte nödvändigtvis är skyldig att återbetala lånet jämte ränta om den andra avtalsparten inte har fullgjort sina förpliktelser enligt avtalet. I punkt 94 i domen i målet Schulte har domstolen slagit fast att direktiv 85/577 inte utgör något hinder för att nationella bestämmelser, enligt vilka en konsument som häver ett låneavtal är skyldig att återbetala hela lånet jämte ränta, inte tillämpas i de fall då långivaren inte har uppfyllt sin skyldighet enligt direktivet att informera konsumenten. Det är således möjligt att inom ramen för principen att en avtalspart som inte har fullgjort sina förpliktelser enligt avtalet själv skall bära ansvaret för detta, jämföra hävning av avtalet med utbyte på grund av fel i varan. Detta är dock på nytt ett argument till stöd för att säljaren vid utbyte på grund av fel i varan måste bära hela ansvaret för han inte har fullgjort sina förpliktelser enligt avtalet och därmed skall bära samtliga kostnader som följer av detta.

64. I det förevarande målet går det inte heller att hävda att konsumenten har erhållit en otillbörlig förmån.[62] Konsumenten har genom att betala köpeskillingen fullgjort sina förpliktelser enligt avtalet om försäljning av en konsumentvara, medan säljaren inte har fullgjort sina förpliktelser så som de stipulerats i avtalet. Att begära att varan byts ut utgör med hänsyn till principen *pacta sunt servanda* endast ett krav på att säljaren skall fullgöra sina avtalsmässiga förpliktelser. Varje part måste själv bära risken för att denne inte fullgör sina avtalsmässiga förpliktelser. Det är inte konsumenten som är ansvarig för att ett utbyte måste ske: konsumenten vill endast kunna använda sin köpta vara på sedvanligt sätt och säljaren skall göra detta möjligt.

65. Det vore därför inte acceptabelt om en konsument som har fullgjort sina förpliktelser enligt avtalet måste betala ersättning för användningen av en felaktig vara till säljaren, som i sin tur inte har fullgjort sina förpliktelser. Genom mottagandet av den nya varan erhåller konsumenten endast vad han har rätt till, det vill säga en vara som motsvarar vad som har avtalats. I det förevarande fallet är det därför inte möjligt att tala om att konsumenten har kommit i åtnjutande av en otillbörlig förmån.

62 — Eftersom detta område inte är uttryckligt reglerat inom gemenskapsrätten, uppkommer frågan om otillbörliga fördelar framförallt i domstolens praxis avseende förutsättningarna för återbetalning av felaktigt inbetalade skatter och tullavgifter. Se, i detta avseende, bland annat dom av den 9 februari 1999 i mål C-343/96, Dilexport (REG 1999, s. I-579).

66. Mot bakgrund av det ovan anförda anser jag att direktiv 1999/44 utgör hinder för de tyska bestämmelserna, enligt vilka säljaren vid utbyte av varan har rätt att av konsumenten kräva ersättning för användningen av varan.

VII — Förslag till avgörande

67. Mot bakgrund av vad som anförts ovan föreslår jag således att domstolen skall fastställa att bestämmelserna i artikel 3.2 jämförda med bestämmelserna i artikel 3.3 första stycket och 3.4 eller bestämmelserna i artikel 3.3 tredje stycket i Europaparlamentets och rådets direktiv 1999/44/EG av den 25 maj 1999 om vissa aspekter rörande försäljning av konsumentvaror och härmed förknippade garantier, skall tolkas så, att de utgör hinder för en nationell lagstiftning, enligt vilken säljaren, när det är fråga om att återställa en vara till avtalsenligt skick genom att den byts ut, kan kräva ersättning av konsumenten för användningen av den ursprungligen levererade varan som inte stämde överens med vad som avtalats.