FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT FRANCIS G. JACOBS

föredraget den 20 mars 1997 *

1. Den fråga som skall avgöras i detta mål, som förts vidare av Bundesgerichtshof, är i huvudsak om huruvida en borgen som en enskild person, som inte uppträder i sin näringsverksamhet eller inom sitt yrkesområde, ger en kreditinstitution som säkerhet för ett lån som denna institution beviljat en tredje person som uppträder i sin affärs- eller yrkesmässiga roll, omfattas av rådets direktiv 85/577/EEG av den 20 december 1985 för att skydda konsumenten i de fall då avtal ingås utanför fasta affärslokaler (nedan kallat direktivet). [1]

Bakgrund

2. Svarandens far drev en byggfirma till vilken den kärande banken beviljade en checkkredit. Svarandens föräldrar fick besök av en av bankens anställda; under detta besök lämnade svaranden en skriftlig borgen för ett belopp om högst 100 000 DM för hans föräldrars förpliktelser gentemot banken. Svaranden informerades inte om någon möjlighet att säga upp borgensåtagandet. Banken sade därefter upp lån som lämnats svarandens föräldrar, vilka sammanlagt uppgick till mer än 1 600 000 DM, och krävde svaranden på 50 000 DM enligt borgen.

3. Svaranden försökte avsäga sig borgensåtagandet i enlighet med den tyska Gesetz über den Widerruf von Haustürgeschäften und ähnlichen Geschäften av den 16 januari 1986 (Lagen om uppsägning av avtal som ingås genom hemförsäljning eller liknande försäljning, "1986 års lag"). Ärendet blev föremål för en tvist vid Bundesgerichtshof, som förde följande tolkningsfråga vidare till domstolen:

"Hör en borgensförbindelse enligt tysk rätt, vilken slutits mellan ett kreditinstitut och en fysisk person, som i detta avseende inte uppträder i sin näringsverksamhet eller inom sitt yrkesområde, som säkerhet för en kreditfordran som kreditinstitutet har mot en tredje person, till 'avtal där en näringsidkare tillhandahåller en konsument varor eller

* Originalspråk: engelska.

1 — EGT L 372, 1985, s. 31.

tjänster' (artikel 1.1 i rådets direktiv 85/577/EEG av den 20 december 1985 för att skydda konsumenten i de fall då avtal ingås utanför fasta affärslokaler)?"

4. Den nationella rättsfrågan synes vara huruvida en borgen utgör ett avtal om tillhandahållande av varor eller tjänster som ingåtts mot vederlag i den mening som avses i 1986 års lag; i tolkningsfrågan anges argument som är både för och emot, vilket synes bero på begreppet vederlag i nationell lagstiftning. Vidare synes den nionde och den elfte avdelningen vid Bundesgerichtshof inte vara eniga om huruvida vederlag utgör en förutsättning för att ett avtal skall omfattas av 1986 års lag. Det synes hur som helst vara så, att om borgensåtaganden omfattas av lagen, har svaranden rätt att avsäga sig detsamma.

5. 1986 års lag synes ha införts för att införliva direktivet med nationell lagstiftning. Om borgensförbindelser såsom den som är aktuell i målet vid den nationella domstolen omfattas av begreppet "avtal där en näringsidkare tillhandahåller en konsument varor eller tjänster" i den mening som avses i artikel 1.1 i direktivet, skall 1986 års lag tolkas så, att borgen omfattas av lagen. [2]

6. Svaranden, den belgiska, den finska, den franska och den tyska regeringen samt kommissionen har avgivit skriftliga yttranden. Alla utom den belgiska regeringen närvarade även vid den muntliga förhandlingen.

Direktivet

7. Huvudsyftet med direktivet är att säkerställa att konsumenten, i situationer där direktivet är tillämpligt, har rätt till och skall informeras om en "ångervecka" som skall vara minst sju dagar, under vilken tid han kan frånträda avtalet. [3]

8. Direktivet antogs enligt artikel 100 i fördraget. Ingressen har följande lydelse:

"[Första övervägandet] Det är vanligt förekommande i medlemsstaterna att en näringsidkare och en konsument ingår ett avtal eller en ensidig överenskommelse utanför näringsidkarens fasta affärslokaler. De lagar som

2 — Mål 14/83, Von Colson and Kamann mot Land Nordrhein-Westfalen (REG 1994, s. 1891).

3 — Artiklarna 4 och 5.

reglerar sådana avtal och överenskommelser skiljer sig åt i de olika medlemsstaterna.

...

[Tredje övervägandet] Europeiska ekonomiska gemenskapens preliminära konsumentpolitiska program enligt punkt 24 och 25 föreskriver bl. a. att lämpliga åtgärder skall vidtas för att skydda konsumenterna mot otillbörliga affärsmetoder vid hemförsäljning. I Europeiska ekonomiska gemenskapens andra konsumentpolitiska program har bestämts att de åtgärder och prioriteringar som angivits i det preliminära programmet skall fullföljas.

[Fjärde övervägandet] Det som särskilt kännetecknar de avtal som ingås utanför näringsidkarens fasta affärslokaler är att det i regel är näringsidkaren som inleder avtalsförhandlingarna, något som konsumenten inte är förberedd på eller som han inte väntat sig. Konsumenten kan ofta inte jämföra kvaliteten och priset på erbjudandet med andra erbjudanden. Detta överraskningsmoment föreligger i allmänhet inte bara vid avtal som ingås vid hemförsäljning utan också vid andra former av avtal som ingås med en näringsidkare utanför dennes fasta affärslokaler.

...

[Sjunde övervägandet] Medlemsstaternas frihet att bibehålla eller införa totalt eller partiellt förbud mot att avtal sluts utanför fasta affärslokaler får inte påverkas i den mån de anser detta vara i konsumenternas intresse ..."

9. Artikel 1 har följande lydelse:

"1. Detta direktiv skall gälla för avtal där en näringsidkare tillhandahåller en konsument varor eller tjänster, när besöket inte äger rum på konsumentens uttryckliga begäran. Direktivet omfattar avtal som ingås

— under en utflykt organiserad av näringsidkaren utanför dennes fasta affärslokaler, eller

— under ett besök som näringsidkaren avlägger

i) i konsumentens eller i någon annan konsuments hem

ii) på konsumentens arbetsplats.

2. Detta direktiv skall också gälla avtal om andra varor eller tjänster än dem för vilken konsumenten begärde näringsidkarens besök, förutsatt att konsumenten, när han bad om ett besök, inte visste eller rimligtvis inte kunde ha vetat att erbjudande att köpa dessa andra varor eller tjänster utgjorde del av näringsidkarens affärsmässiga eller yrkesmässiga verksamhet.

3. Detta direktiv skall också gälla avtal som ingåtts av konsumenten under förhållanden liknande dem som beskrivs i punkt 1 eller 2, även om konsumenten inte har varit bunden av anbudet innan det antagits av näringsidkaren.

4. Detta direktiv skall också gälla avtalsenliga anbud avgivna av konsumenten under förhållanden liknande dem som beskrivs i punkt 1 eller 2, där konsumenten är bunden av sitt anbud."

10. "Konsument" definieras som "en fysisk person som, i de transaktioner som täcks av detta direktiv, uppträder med avsikter, som kan anses ligga utanför hans näringsverksamhet eller yrkesområde". "Näringsidkare" definieras som "en fysisk eller juridisk person som för transaktionen ifråga uppträder i sin affärs- eller yrkesmässiga roll, och varje person som handlar i näringsidkarens namn eller på hans vägnar". [4]

11. "Avtal" definieras ingenstans.

12. Om man utgår från att borgensförbindelsen inte ingicks i svarandens hem och att svarandens föräldrar inte var "konsumenter" vad avser den transaktion som är i fråga, skulle den i vilket fall som helst inte omfattas av artikel 1.1 i direktivet, eftersom den inte har ingåtts under ett besök som näringsidkaren avlagt i konsumentens hem eller på konsumentens arbetsplats eller under en utflykt

4 — Artikel 2.

organiserad av näringsidkaren utanför dennes fasta affärslokaler. Ordalydelsen i artikel 1.1 förefaller förvånansvärt inskränkande jämfört med ingressen till direktivet, vilken ger intrycket att det avgörande kriteriet för frågan om huruvida direktivet är tillämpligt är om avtalet i fråga ingicks utanför näringsidkarens fasta affärslokaler. [5] Domstolen har, i sin tidigare dom avseende direktivet i målet Faccini Dori, [6] redan haft att ta ställning till denna fråga, även om det inte var helt klart i begäran om förhandsavgörande i det målet att omständigheterna omfattades av artikel 1.1; [7] domstolen inskränkte sig till att uppmärksamma den nationella domstolen på att det var nödvändigt att kontrollera huruvida avtalet ingåtts under omständigheter som beskrivs i direktivet. [8] I det nu aktuella målet har den nationella domstolen formulerat sin fråga på ett sådant sätt att det är både möjligt och lämpligt att domstolen lämnar ett svar.

13. Den transaktion som är i fråga i detta mål är en borgensförbindelse, enligt vilken svaranden, som uppträdde med avsikter som låg utanför hans näringsverksamhet eller yrkesområde, åtog sig att gentemot den kärande banken, vilken uppträdde i sin affärsroll, stå som borgensman för det lån som denna bank givit svarandens föräldrar, vilka även de uppträdde i sin affärsroll. Den nationella domstolen har frågat om huruvida en borgen såsom den som beskrivits ovan, utgör ett avtal som omfattas av direktivets tillämpningsområde.

14. Den belgiska, den finska, den franska och den tyska regeringen har alla hävdat att borgen inte omfattas av direktivet. Det har framförts tre distinkta, om än överlappande, argument för denna ståndpunkt. För det första hävdas det rent allmänt att en borgen inte är ett avtal i den mening som avses i direktivet, eftersom konsumenten inte erhåller någon motprestation, eller, med andra ord, eftersom en borgen inte är ett synallagmatiskt avtal — det vill säga en bilateral överenskommelse som innefattar ömsesidiga skyldigheter eller plikter — utan ett ensidigt åtagande från borgensmannens synpunkt. För det andra har det mer konkret hävdats att en borgen inte är ett avtal, såsom sådana definieras i artikel 1.1, eftersom näringsidkaren inte tillhandahåller konsumenten några varor eller tjänster. För det tredje har det hävdats att en borgensman inte kan beskrivas som en konsument.

15. Svaranden och kommissionen har tvärtom hävdat att borgensförbindelsen är ett avtal, dels allmänt, eftersom alla avtal mellan en näringsidkare och en konsument (inbegripet ensidiga åtaganden som en konsument

5 — Se det första, fjärde och sjunde övervägandet i ingressen som anges i punkt 8 ovan. Artikel 1.1 i kommissionens ursprungliga förslag till rådsdirektiv för att skydda konsumenten i de fall då avtal ingås utanför fasta affärslokaler (EGT C 22, 1977, s. 6) föreskrev att direktivet var tillämpligt på avtal "där avtalsförhandlingarna har inletts utanför de fasta affärslokalerna".

6 — Mål C-91/92, Faccini Dori mot Recreb (REG 1994, s. I-3325).

7 — Se punkt 3 i domen och punkt 3 i förslaget till avgörande av generaladvokat Lenz.

8 — Punkt 14 i domen; se även punkt 26 i förslaget till avgörande av generaladvokat Lenz.

lämnar en näringsidkare) omfattas, dels särskilt, eftersom avtal mellan en näringsidkare som tillhandahåller varor eller tjänster och en konsument omfattas.

16. I enlighet med domstolens metod för tolkning av gemenskapsrätten kommer jag att i tur och ordning behandla direktivets ordalydelse, uppbyggnad och syften, för att avgöra huruvida en borgensförbindelse av den typ som är i fråga faller inom dess tillämpningsområde.

Direktivets ordalydelse

17. Den engelska språkversionen av direktivet ger intrycket att dess tillämpningsområde inte kan omfatta en transaktion som den borgensförbindelse som är i fråga i målet vid den nationella domstolen, eftersom transaktionen inte är ett avtal "där en näringsidkare tillhandahåller en konsument varor eller tjänster" i den mening som avses i artikel 1.1. De flesta av de andra språkversionerna innehåller en vidare definition, mer eller mindre lik den franska versionen: "contrats conclus entre un commerçant fournissant des biens ou des services et un consommateur". Enligt en bokstavstolkning av dessa versioner är det inte nödvändigt att varorna eller tjänsterna i fråga tillhandahålls enligt avtalet i fråga för att direktivet skall vara tillämpligt: det räcker att en av parterna tillhandahåller varor eller tjänster. Även om man kanske anser att den lingvistiska distinktionen är hårfin och att majoritetsversionen var tänkt att ha samma innebörd och verkan som minoritetsversionen, kan distinktionen visa sig avgörande i detta mål: borgensförbindelsen i fråga ingicks mellan en näringsidkare som tillhandahåller varor eller tjänster (den kärande banken) och en konsument (svaranden), och vid en bokstavstolkning av majoritetsversionen förefaller det vara irrelevant huruvida varorna eller tjänsterna tillhandahölls en part i avtalet i fråga enligt avtalet eller en tredje part i en separat transaktion. Jag utgår därför från att det inte är otvetydigt fastställt att avtalet i fråga inte faller inom den ordagranna lydelsen av den engelska versionen av artikel 1.1.

18. Enligt min mening är direktivet, trots den ordagranna lydelsen av majoritetsversionen av artikel 1.1 i direktivet, endast tillämpligt på avtal enligt vilka en näringsidkare tillhandahåller en konsument varor eller tjänster.

19. Såsom den belgiska regeringen har anfört skall artikel 1.1, även om dess ordalydelse (i den franska versionen) innehåller en vid definition, läsas i ljuset av övriga delar av denna artikel. Mot bakgrund av hela artikel 1 — enligt min mening särskilt enligt artikel 1.2 — är det uppenbart att de avtal som omfattas är avtal där en näringsidkare tillhandahåller en konsument varor eller tjänster.

20. Kommissionen har gjort gällande att hänvisningen till "varor eller tjänster" i artikel 1.1 endast syftar till att klargöra att direktivet inte begränsas till att omfatta näringsidkare som tillhandahåller varor. Vid den muntliga förhandlingen åberopade kommissionen lydelsen av artikel 1 i det ursprungliga förslaget, [9] vilket endast hänvisade till "avtal mellan en konsument och en näringsidkare, och ensidiga förpliktelser som en konsument tar på sig gentemot en näringsidkare ...". Kommissionen har hävdat att tillägget med en hänvisning till "varor eller tjänster" syftade till att visa att alla typer av avtal omfattades av direktivet. Det vore emellertid befängt att påstå att lagstiftaren hade för avsikt att ge ett redan generellt, obestämt substantiv ("avtal") en vidare mening genom att lägga till en bestämning att avtalet skall avse varor och tjänster. Enligt min mening innebär tillägget i artikel 1.1 med hänvisningen till varor eller tjänster ingalunda att begreppet fick en större räckvidd, utan syftade med all säkerhet till att ge dess räckvidd en otvetydig avgränsning.

21. Kommissionens påstående att det ursprungliga förslaget till direktiv inte endast avsåg avtal avseende tillhandahållande av varor och tjänster är inte förenligt med förslagets uppbyggnad och innehåll. Jag vill inte uppehålla mig vid detaljer i ett utkast som sedan länge har ersatts av en slutgiltig version, men då kommissionen har åberopat denna handling som stöd för sin ståndpunkt, vill jag hänvisa till två bestämmelser i förslaget som enligt min mening med önskvärd tydlighet visar att förslaget endast syftade till att vara tillämpligt på synallagmatiska avtal om tillhandahållande av varor eller tjänster till en konsument.

22. I artikel 3.2 föreskrevs att avtalet (som betecknades som "hemförsäljningsavtal") bland annat skulle innehålla:

"— en beskrivning av de varor eller tjänster som avtalet avser,

— en tidsfrist för leverans av varor eller tillhandahållande av tjänster,

— pris,

— betalningsvillkor

...".

9 — Se fotnot 5.

23. Vidare innehöll förslaget som bilaga ett standardformulär för hur konsumenten kunde utöva sin rätt att säga upp avtalet. Standardformuläret hade följande lydelse:

"Jag förklarar härmed att jag säger upp avtalet rörande

.....
(beskrivning av varorna eller tjänsterna)

till ett belopp av .....
(pris)

undertecknat den .....
(datum)

Namn .....

Adress .....

Datum ......"

24. Jag delar därför inte kommissionens uppfattning att förslaget syftade till att omfatta en vidare kategori av transaktioner än synallagmatiska avtal om tillhandahållande av varor eller tjänster.

25. Vid den muntliga förhandlingen framförde kommissionen ytterligare ett argument med stöd i direktivets ordalydelse: enligt artikel 3.2 a, enligt vilken direktivet bland annat inte gäller "[a]vtal om uppförande, försäljning eller hyra av fast egendom eller avtal om andra rättigheter som rör fast egendom". Kommissionen har anfört att den sista satsen syftar på exempelvis borgensförbindelser, och att borgensförbindelser därför allmänt sett omfattas av direktivet, eftersom detta undantag annars inte skulle behövas. Enligt min mening finns det emellertid ingenting som tydligt pekar på att "andra rättigheter" med nödvändighet omfattar borgen: de exempel som kommissionen har givit på sådana rättigheter i den förklarande kommentaren [10] till det ursprungliga förslaget är "ansökan om eller överföring av lån med säkerhet i fastighet, beviljande av upphävande av vägservitut". [11]

10 — KOM(76) 544 slutlig; den 12 januari 1977.
11 — Kommentar till artikel 2 d.

Systemet i direktivet

26. Den franska regeringen har påpekat att om en borgen skulle omfattas av direktivet, så att en borgensman har möjlighet att frånträda avtalet inom en angiven tidsperiod, skulle det vara nödvändigt att ha regler för hur huvudavtalet skall behandlas under denna period: förhållandet att direktivet inte innehåller några sådana regler stöder ståndpunkten att direktivet inte var tänkt att även omfatta sådana transaktioner. Det är intressant att notera att kommissionens ursprungliga förslag till direktiv särskilt förbjöd näringsidkare att kräva att konsumenten skulle ställa någon säkerhet för betalning av det avtalade priset innan ångerveckan hade gått ut: [12] denna regel syftade till "att så långt som möjligt förhindra att konsumenten ställs inför ett fullbordat faktum innan ångerveckan gått ut". [13] Denna regel upptogs inte i den slutgiltiga versionen av direktivet, enligt vilken de rättsliga verkningarna av en uppsägning skall regleras genom nationell lagstiftning. [14]

27. Den belgiska regeringen har hävdat att en borgen inte kan anses omfattas av begreppet "avtal" i artikel 1.1 i direktivet, eftersom en borgen är ett icke-synallagmatiskt avtal där endast en av parterna, borgensmannen, ensidigt förbinder sig gentemot den andre parten. Enligt min mening har detta argument viss styrka; dessutom kan jag inte acceptera kommissionens påstående att hänvisningen till ensidiga åtaganden i ingressen till direktivet betyder att borgensåtaganden omfattas. Kommissionen hänvisade vid den muntliga förhandlingen till det första övervägandet i ingressen till direktivet, vilket har följande lydelse:

"Det är vanligt förekommande i medlemsstaterna att en näringsidkare och en konsument ingår ett avtal eller [ett ensidigt åtagande] utanför näringsidkarens fasta affärslokaler ..."

Kommissionen frågade om det verkligen går att dra någon annan slutsats av denna hänvisning i ingressen än att direktivet omfattar ensidiga åtaganden såsom borgensåtagandet i fråga.

28. Svaret på denna fråga står enligt min mening att finna i lagstiftningshistoriken bakom direktivet och särskilt kommissionens egen kommentar till det ursprungliga förslaget till direktiv. I detta förslag angavs i artikel 1.1 att direktivet var tillämpligt på "avtal mellan en konsument och en näringsidkare, och ensidiga förpliktelser som en konsument påtar sig gentemot en näringsidkare ...".

12 — Artikel 9.
13 — Den förklarande kommentaren.
14 — Artikel 7.

Ordalydelsen ändrades mellan det ändrade förslaget i januari 1978 [15] och den slutgiltiga texten.

29. Den tyska regeringen har påpekat att begreppet "ensidigt åtagande" i detta sammanhang förmodligen var tänkt att avse situationer där konsumenten får ett anbud på sådana villkor att anbudet blir bindande antingen när det avges eller vid näringsidkarens accept. Denna tolkning är förenlig med den förklarande kommentaren till det ursprungliga förslaget, [16] i vilken kommissionen anförde följande:

"Direktivet är även tillämpligt när konsumenten ensidigt förpliktar sig utan att näringsidkaren ikläder sig motsvarande förpliktelser, exempelvis när konsumenten beställer en elektrisk maskin eller ensidigt förbinder sig att förvärva varor eller att mottaga tjänster. Även om inget avtal ännu har ingåtts i dessa fall, måste konsumenten skyddas, eftersom det ensidiga åtagandet redan kan ha påverkat hans intressen."

30. Utan en uttrycklig bestämmelse skulle en konsument som lämnat ett anbud utanför näringsidkarens fasta affärslokaler inte kunna dra nytta av direktivet, trots att han i verkligheten har gjort det som direktivet har till syfte att förhindra, nämligen att han bundit sig för en transaktion utanför näringsidkarens fasta affärslokaler utan rätt till "ångervecka". Syftet att utsträcka direktivet till att omfatta sådana förhållanden uppnåddes ursprungligen genom en uttrycklig hänvisning till ensidiga åtaganden i artikel 1.1. I den slutgiltiga texten uppnåddes samma resultat genom artikel 1.3 och 1.4, och det är förmodligen av denna anledning som hänvisningen till ensidiga åtaganden i artikel 1.1 ströks. Denna tolkning ligger i linje med förhållandet att hänvisningen till ensidiga åtaganden bibehölls i ingressen.

31. Min slutsats blir således att direktivet är tänkt att vara tillämpligt på ensidiga åtaganden av den typ som nämnts, men inte nödvändigtvis på alla ensidiga åtaganden.

32. Slutligen har den belgiska, den finska och den tyska regeringen hävdat att svaranden inte var en "konsument" i den mening som avses i direktivet, och gjort gällande att begreppet "konsument" innefattar att personen tar emot de varor eller tjänster som tillhandahålls genom transaktionen i fråga. Enligt min mening har detta argument viss styrka. Borgensåtagandet kan helt klart skiljas från huvudtransaktionen (beviljande av en checkkredit), och i ett borgensåtagande är det borgensmannen som tillhandahåller en tjänst och banken som tar emot denna tjänst. Den tyska regeringen menar därför att direktivet av denna anledning inte är tillämpligt,

15 — Ändrat förslag till rådsdirektiv för att skydda konsumenten i de fall då avtal ingås utanför fasta affärslokaler (EGT C 127, 1978, s. 6).

16 — Se fotnot 10, kommentar till artikel 1.

eftersom konsumenten tillhandahåller tjänsten. Jag föredrar att vända på analysen och understryka svårigheten att beteckna borgensmannen som en konsument i egentlig mening.

Direktivets syften

33. Flera parter har hänvisat till direktivets syften för att stödja sina ståndpunkter i fråga om direktivets tillämplighet på borgen av den typ som är aktuell i målet vid den nationella domstolen.

34. Svaranden har hänvisat till konsumentskyddet i direktivet: enligt hans mening syftar direktivet till att införa ett så vittgående konsumentskydd som möjligt.

35. Kommissionen har hänvisat till det tredje och det fjärde övervägandet i ingressen, som har återgivits ovan, [17] och till den förklarande kommentaren till det ursprungliga förslaget till direktiv [18], där det angavs att det föreslagna direktivet skulle ha ett så vidsträckt tillämpningsområde som möjligt. [19]

36. Den tyska regeringen har hävdat att direktivets syfte inte är att generellt ge enskilda skydd mot varje typ av transaktion som de ger sig in i utan att tänka sig för, utan snarare att skydda dem som konsumenter mot bestämda och noga beskrivna typer av avtal. Vad gäller borgen är det inte fråga om att tillfredsställa borgensmannens personliga behov, såsom avses i direktivet: en borgensman vet att han inte undertecknar ett konsumentavtal. Detta argument är än mer tillämpligt i fall som det nu aktuella där den kredittransaktion för vilken borgensåtagandet lämnas för båda parter är en transaktion i deras näringsverksamhet och borgensåtagandet påverkar en av parternas ekonomiska situation. Mot denna bakgrund har borgensmannen inte rätt att göra gällande de rättigheter som givits till konsumenter som helt handlar i egenskap av privatpersoner.

37. Den belgiska regeringen har anfört att målet konsumentskydd i direktivet, vilket uppnås genom att konsumenten ges rätt att frånträda avtalet, har inriktats på de faror som kommer av särskilda säljformer som består i direktmarknadsföring (begränsning av konsumentens valfrihet, konsumenten är oinitierad och har ingen möjlighet att jämföra pris eller kvalitet). De faror som hotar en borgensman kommer däremot inte från näringsidkaren utan snarare från huvudgäldenären.

17 — Se punkt 8.

18 — Se fotnot 10.

19 — Kommentar till artikel 1.

38. Enligt min mening utgör direktivets lagstiftningshistoria och sammanhang stöd för regeringarnas ståndpunkt att direktivet inte var tänkt att även omfatta borgensåtaganden av denna typ som är aktuell i målet vid den nationella domstolen.

39. Det är givetvis obestridligen så att direktivet syftar till att skydda konsumenter. Av detta följer dock inte att alla konsumenter skyddas under alla omständigheter genom direktivet: i likhet med andra direktiv, som syftar till konsumentskydd, är direktivet endast tillämpligt på vissa transaktioner. [20]

40. Det tredje övervägandet i ingressen, som återgivits ovan och som kommissionen har åberopat till stöd för sitt argument om en vid tolkning, hänvisar till gemenskapernas preliminära och andra konsumentpolitiska program. Dessa två program anger att syftet (enligt det preliminära programmet) var att skydda köpare av varor eller tjänster mot säljares maktmissbruk, särskilt avseende aggressiva säljmetoder, [21] och (enligt andra programmet) att skydda köpare av varor eller tjänster mot otillbörliga affärsmetoder och aggressiva säljmetoder. [22]

41. Det skall erkännas att det i den förklarande kommentaren till det ursprungliga förslaget till direktiv anges att "nödvändigheten att skydda konsumenten [inte är] begränsad till en särskild typ av avtal, exempelvis avtal om tillhandahållande av varor, utan gäller alla avtal där förhandlingarna inletts av en näringsidkare utanför dennes fasta affärslokaler". [23] Denna uppgift måste emellertid ses i sitt sammanhang: den förklarande kommentaren inleds med orden "Där en näringsidkare inleder förhandlingar med en konsument om avtal om varor eller tjänster utanför dennes fasta affärslokaler behöver konsumenten i allmänhet särskilt skydd." Exempel ges på "särskilda typer av avtal ... [där] särskilt konsumentskydd kan vara nödvändigt": "särskilt försäkringsavtal, konsumentkreditavtal, avtal om försäljning av aktier, investeringsfonder, etc. eller avtal om distansundervisning". [24] Alla dessa avtal är tvåparters, synallagmatiska avtal där en näringsidkare tillhandahåller en konsument varor eller

20 — Se exempelvis rådets direktiv 84/450/EEG av den 10 september 1984 om tillnärmning av medlemsstaternas lagar och andra författningar om vilseledande reklam, (EGT L 250, 1984, s. 17); rådets direktiv 87/102/EEG av den 22 december 1986 om tillnärmning av medlemsstaternas lagar och andra författningar om konsumentkrediter (EGT L 42, 1987, s. 48); rådets direktiv 93/13/EEG av den 5 april 1993 om oskäliga villkor i konsumentavtal (EGT L 95, 1993, s. 29) och helt nyligen förslaget till Europaparlamentets och rådets direktiv om skydd för konsumenter där avtal ingås på distans.

21 — Rådets resolution av den 14 april 1975 om Europeiska ekonomiska gemenskapens preliminära konsumentpolitiska program (EGT C 92, 1975, s. 1), punkt 19 i bilagan.

22 — Rådets resolution av den 19 maj 1981 om Europeiska ekonomiska gemenskapens andra konsumentpolitiska program (EGT C 133, 1981, s. 1), punkt 28.1 i bilagan.

23 — Punkt I.2.

24 — Punkt I.3.

tjänster. Samma sak kan sägas om alla övriga exempel som ges i den förklarande kommentaren om transaktioner som förslaget till direktiv är tillämpligt på eller skulle vara tillämpligt på om det inte vore för undantagen, nämligen när konsumenten beställer en elektrisk maskin eller ensidigt förbinder sig att förvärva varor eller att mottaga tjänster, avtal avseende installation av värmesystem, underhåll av oljevärmepanna, takreparation och liten hemförsäljning såsom av mjölk och bröd.

42. Jag är således inte övertygad om att direktivet, som enligt min mening syftar till att skydda konsumenten i avtal om tillhandahållande av varor eller tjänster som ingås utanför fasta affärslokaler, även omfattar skydd för en borgensman under sådana omständigheter som är aktuella i målet vid den nationella domstolen.

43. Jag vill emellertid betona att det inte därav följer att medlemsstaterna inte får skydda en borgensman under sådana omständigheter enligt nationell lagstiftning. Artikel 8 i direktivet tillåter medlemsstaterna att anta eller bibehålla fördelaktigare föreskrifter till skydd för konsumenterna på det område som faller under direktivet. Den nationella domstolen i detta mål skulle således kunna fastställa att borgen enligt tysk rätt omfattas av 1986 års lag utan att åsidosätta direktivet. Om det dessutom — såsom har påstått i flera av yttrandena till domstolen — skulle vara så att svaranden inte fick någon information om vilken form av förpliktelse han åtog sig, och att han till och med pressats till att underteckna avtalet, kan det mycket väl vara så att det finns andra ogiltighetsgrunder i nationell lagstiftning avseende svikligt förfarande eller olovliga påtryckningar.

Förslag till avgörande

44. Den fråga som har förts vidare av Bundesgerichtshof bör således enligt min mening ges följande svar:

En borgen som en enskild person, som inte agerar i sin yrkesverksamhet eller inom sitt yrkesområde, ger en kreditinstitution som säkerhet för ett lån som denna institution har beviljat en tredje person omfattas inte av rådets direktiv 85/577/EEG av den 20 december 1985 om skydd för konsumenten i de fall då avtal ingås utanför fasta affärslokaler.