FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT VERICA TRSTENJAK

föredraget den 11 september 2008 [1]

I — Inledning

1. De frågor som den nationella domstolen har ställt i förevarande mål avser tolkningen av bestämmelser i rådets förordning (EG) nr 44/2001 av den 22 december 2000 om domstols behörighet och om erkännande och verkställighet av domar på privaträttens område (nedan kallad förordning nr 44/2001) [2] och rör behörighet vid konsumenttvister. Närmare bestämt syftar frågorna till att utröna huruvida domstols behörighet att pröva en konsuments talan i syfte att få utbetalt en vinst som ett företag förefaller ha utlovat denne ska fastställas på grundval av dessa bestämmelser. Domstolen har i samband med tolkningen av Brysselkonventionen av den 27 september 1968 om domstols behörighet och om verkställighet av domar på privaträttens område [3] (nedan kallad Brysselkonventionen) redan tagit ställning till frågan om domstols behörighet när en konsument har väckt talan om att en säljare med säte i en annan medlemsstat ska betala ut en vinst som konsumenten förefaller ha utlovats. [4] Domstolen har dock ännu inte tagit ställning till denna fråga i samband med tolkningen av förordning nr 44/2001. [5]

2. I förevarande mål aktualiseras följaktligen frågan om kontinuitet mellan Brysselkonventionen och förordning nr 44/2001 vad beträffar tolkningen. Nämnda förordning antogs i syfte att uppnå målet med fri rörlighet för domstolsavgöranden på privaträttens område, och från och med den 1 mars 2002 ersatte förordningen Brysselkonventionen

1 — Originalspråk: slovenska.

2 — EGT L 12, 2001, s. 1.

3 — Konvention om domstols behörighet och om verkställighet av domar på privaträttens område (undertecknad den 27 september 1968) (EGT L 299, 1972, s. 32), i dess lydelse enligt konventionen av den 9 oktober 1978 om Konungariket Danmarks, Irlands och Förenade konungariket Storbritannien och Nordirlands tillträde (EGT L 304, s. 1, och, med ändrad text, s. 77), enligt konventionen av den 25 oktober 1982 om Republiken Greklands tillträde (EGT L 388, s. 1), enligt konventionen av den 26 maj 1989 om Konungariket Spaniens och Republiken Portugals tillträde (EGT L 285, s. 1) och enligt konventionen av den 29 november 1996 om Republiken Österrikes, Republiken Finlands och Konungariket Sveriges tillträde (EGT C 15, 1997, s. 1).

4 — Dom av den 11 juli 2002 i mål C-96/00, Gabriel (REG 2002, s. I-6367), och av den 20 januari 2005 i mål C-27/02, Engler (REG 2005, s. I-481).

5 — I målet Kapferer (dom av den 16 mars 2006 i mål C-234/04, Kapferer, REG 2006, s. I-2585) var en av tolkningsfrågorna till sitt innehåll identisk med den fråga som är aktuell i förevarande mål, men frågan ställdes endast i andra hand. Efter att ha besvarat den första tolkningsfrågan, vilken avsåg skyldigheten att ompröva ett lagakraftvunnet domstolsavgörande när avgörandet strider mot gemenskapsrätten, nekande, slog domstolen i domen i målet Kapferer fast att det saknades anledning att pröva den tolkningsfråga som hade ställts i andra hand och som avsåg behörigheten att pröva talan om utbetalning av en påstått utlovad vinst (punkt 25).

i förhållandena mellan medlemsstaterna, med undantag av Danmark.[6] Genom ikraftträdandet av förordning nr 44/2001 har det således även blivit viktigt att fastställa huruvida förordningen och konventionen ska tolkas på ett helt identiskt sätt eller huruvida skillnader i tolkning kan förekomma.

3. De aktuella tolkningsfrågorna har uppkommit i ett mål mellan Renate Ilsinger, en österrikisk medborgare med hemvist i Österrike, och postorderföretaget Schlank & Schick GmbH (nedan kallat Schlank & Schick), med säte i Aachen (Tyskland), som rör talan om utbetalning av en vinst som nämnda företag förefaller ha utlovat Renate Ilsinger.

6 — Enligt artiklarna 1 och 2 i protokollet om Danmarks ställning, vilket fogats till fördraget om Europeiska unionen och fördraget om upprättandet av Europeiska gemenskapen (EUT C 321E, 2006, s. 201), ska Danmark inte delta i rådets beslut om föreslagna åtgärder i enlighet med avdelning IV i fördraget om upprättandet av Europeiska gemenskapen. Inga bestämmelser i den avdelningen, inga åtgärder som beslutas i enlighet med den avdelningen, inga bestämmelser i ett internationellt avtal som ingåtts av gemenskapen i enlighet med den avdelningen och inga beslut av domstolen som innebär en tolkning av en sådan bestämmelse eller åtgärd eller något sådant beslut skall vara bindande för eller tillämpliga i Danmark. Som framgår av skäl 21 i förordning nr 44/2001 har Danmark följaktligen inte deltagit i antagandet av nämnda förordning, vilken därför varken är bindande för eller tillämplig i Danmark. Av skäl 22 i förordning nr 44/2001 framgår att Brysselkonventionen ska fortsätta att tillämpas på förbindelserna mellan Danmark och de medlemsstater som är bundna av förordningen.

II — Tillämpliga bestämmelser

A — *Gemenskapsrätten*

4. I skäl 13 i förordning nr 44/2001 anges följande:

”Vid försäkrings-, konsument- och anställningsavtal bör den svagare parten skyddas genom behörighetsbestämmelser som är förmånligare för dennes intressen än de allmänna bestämmelserna.”

5. I skäl 19 i förordning nr 44/2001 anges följande:

”Kontinuiteten mellan Brysselkonventionen och denna förordning bör säkerställas, och övergångsbestämmelser bör därför införas. Likaså måste kontinuitet råda när det gäller EG-domstolens tolkning av bestämmelserna i Brysselkonventionen, och 1971 års protokoll bör därför fortsätta att också tillämpas på de fall som har anhängiggjorts när förordningen träder i kraft.”

6. I artikel 2.1 i förordning nr 44/2001, vilken hör till avsnittet med rubriken ”Allmänna bestämmelser”, föreskrivs följande:

”Om inte annat föreskrivs i denna förordning, skall talan mot den som har hemvist i en medlemsstat väckas vid domstol i den medlemsstaten, oberoende av i vilken stat han har medborgarskap.”

7. I artikel 5 punkt 1 a i förordning nr 44/2001, vilken hör till avsnittet med rubriken ”Särskilda behörighetsregler”, föreskrivs följande:

”Talan mot den som har hemvist i en medlemsstat kan väckas i en annan medlemsstat

1) a) om talan avser avtal, vid domstolen i uppfyllelseorten för den förpliktelse som talan avser;

…”

8. Artikel 15.1 i förordning nr 44/2001, vilken hör till avsnittet med rubriken ”Behörighet vid konsumenttvister”, har följande lydelse:

”Om talan avser avtal som har ingåtts av en person, konsumenten, för ändamål som kan anses ligga utanför hans affärsverksamhet eller yrkesverksamhet, gäller i fråga om behörigheten, om inte annat följer av föreskrifterna i artikel 4 och artikel 5.5, bestämmelserna i detta avsnitt

a) om avtalet gäller köp av varor där betalningen skall erläggas i särskilda poster, eller

b) om avtalet gäller lån som skall återbetalas i särskilda poster eller någon annan form av kredit om lånet eller krediten var avsedd att finansiera köp av varor, eller

c) i övriga fall, om avtalet har ingåtts med en person som bedriver kommersiell verksamhet eller yrkesverksamhet i den medlemsstat där konsumenten har hemvist eller, på något sätt, riktar sådan verksamhet till den medlemsstaten eller flera stater, däribland den medlemsstaten, och avtalet faller inom ramen för sådan verksamhet."

9. I artikel 16.1 i förordning nr 44/2001 föreskrivs följande:

"Konsumenten får väcka talan mot den andra avtalsparten antingen vid domstolarna i den medlemsstat där denne har hemvist eller vid domstolen i den ort där konsumenten har hemvist."

B — *Brysselkonventionen*

10. I artikel 13 första stycket i Brysselkonventionen föreskrivs följande:

"I tvister som gäller avtal som har ingåtts av en person för ändamål som kan anses ligga utanför hans affärsverksamhet eller yrkesverksamhet, i det följande kallad konsumenten, gäller i fråga om behörigheten om inte annat följer av föreskrifterna i artikel 4 och artikel 5.5 bestämmelserna i detta avsnitt, om det gäller

1. köp av varor där betalningen skall erläggas i särskilda poster, eller

2. lån som skall återbetalas i särskilda poster eller någon annan form av kredit om lånet eller krediten var avsedd att finansiera köp av varor, eller

3. andra avtal om leverans av varor eller utförande av tjänster, om

   a) avtalet föregicks av ett särskilt anbud riktat till konsumenten i den konventionsstat där han har hemvist, eller annonsering där, och

   b) konsumenten vidtog de för avtalets ingående nödvändiga åtgärderna i den staten."

C — Österrikisk rätt

11. I 5j § i den österrikiska konsumentskyddslagen (Konsumentenschutzgesetz) [7] föreskrivs följande:

"Näringsidkare som sänder meddelanden om lotterivinster eller andra liknande meddelanden till vissa konsumenter och som, genom det sätt på vilket meddelandena har utformats, ger konsumenten intrycket att han vunnit ett bestämt pris, ska utge detta pris till konsumenten. Konsumenten kan även väcka talan vid domstol för att utkräva detta pris."

III — Bakgrund, förfarandet vid den nationella domstolen och tolkningsfrågorna

12. Renate Ilsinger, som är österrikisk medborgare med hemvist i Österrike, mottog i augusti 2002 ett kuvert från posterorderföretaget Schlank & Schick GmbH, med säte i Aachen (Tyskland). Kuvertet var försett med påskriften "Viktiga handlingar!", "Var vänlig öppna omedelbart" och "Person-

7 — Bundesgesetz vom 8. März 1979, mit dem Bestimmungen zum Schutz der Verbraucher getroffen werden (Konsumentenschutzgesetz – KSchG), BGBl. nr 140/1979 och senare ändringar.

ligt", och i kuvertet fanns ett meddelande om en vinst på 20 000 euro, som var personligen adresserat till Renate Ilsinger. Av vinstmeddelandet framgick att Renate Ilsinger skulle få vinsten "om hon hade det identifikationsnummer som gav rätt till vinsten" och om hon klistrade fast en kupong med identifikationsnumret på begäran om utbetalning av vinsten och skickade den till Schlank & Schick, så att samtliga handlingar var företaget till handa inom sju dagar. Av vinstmeddelandet framgick även att rätten till vinsten inte var beroende av någon varubeställning. Renate Ilsinger klistrade fast kupongen med identifikationsnumret på begäran om utbetalning av vinsten och skickade den till bolaget Schlank & Schick.

13. Renate Ilsinger fick inte vinsten utbetald av Schlank & Schick och väckte därför i december 2002 talan mot bolaget vid Landesgericht i St. Pölten, som är den ort där hon är bosatt, och yrkade att bolaget skulle förpliktas att utbetala vinsten i enlighet med 5j § i den österrikiska konsumentskyddslagen, jämförd med artikel 16.1 i förordning nr 44/2001. I det målet gjorde Schlank & Schick gällande att den österrikiska domstolen saknade behörighet. Genom beslut av den 15 juni 2004 underkände Landesgericht St. Pölten invändningen om bristande behörighet och ogillade kärandens talan.

14. Båda parterna överklagade avgörandet av Landesgericht St. Pölten till Oberlandesgericht Wien, som är hänskjutande domstol i förevarande mål. I beslutet om hänskjutande har sistnämnda domstol uppgett att EG-domstolen redan har slagit fast, med avseende på artikel 13 första stycket i Brysselkonventionen, att tillämpningen av denna bestämmelse förutsätter att det faktiskt har ingåtts ett avtal om köp av varor eller tillhandahållande av tjänster. Enligt den hänskjutande domstolen har dock artikel 15.1 i förordning nr 44/2001 ett mer omfattande tillämpningsområde än artikel 13 första stycket i Brysselkonventionen. Den hänskjutande domstolen vill därför få klarhet i huruvida EG-domstolens tolkning med avseende på artikel 13 första stycket i Brysselkonventionen även ska gälla artikel 15.1 i förordningen. Den hänskjutande domstolen har även påpekat att österrikiska domstolar inte kan vara behöriga enligt artikel 5 punkt 1 a i förordning nr 44/2001, trots att det enligt den bestämmelsen inte krävs att ett avtal har ingåtts, eftersom det enligt såväl österrikisk som tysk rätt anses att uppfyllelseorten för penningskulder är den ort där gäldenären har hemvist, vilket i förevarande fall är Tyskland.

15. Det framgår inte klart av den nationella domstolens redogörelse för bakgrunden, om Renate Ilsinger samtidigt med begäran om utbetalning av vinsten även skickade in en provbeställning. Renate Ilsinger har hävdat att hon gjorde en sådan beställning, men Schlank & Schick har bestritt detta påstående och gjort gällande att det inte mottagit någon varubeställning från henne. Den nationella dom-

stolen har klargjort att Landesgericht St. Pölten, i motiveringen till beslutet att underkänna invändningen om bristande behörighet och att ogilla Renate Ilsingers talan, angav att vinsten inte var beroende av någon varubeställning och att det i det avseendet saknade relevans huruvida Renate Ilsinger hade skickat en provbeställning tillsammans med begäran om utbetalning av vinsten.

16. Mot denna bakgrund har den nationella domstolen vilandeförklarat målet genom beslut av den 29 mars 2006 och ställt följande tolkningsfrågor till domstolen, i enlighet med artiklarna 68 EG och 234 EG:

”1) Utgör en talan grundad på 5j § i den österrikiska konsumentskyddslagen (Konsumentenschutzgesetz, nedan kallad KSchG), BGBl. 1979/140, i dess lydelse enligt artikel 1 punkt 2 i den österrikiska lagen om distansavtal (Fernabsatzgesetz), BGBl. I 1999/185, genom vilken en konsument har rätt att från en näringsidkare infordra ett pris som konsumenten förefaller ha vunnit, i fall då näringsidkaren sänder (eller har sänt) ett meddelande om lotterivinst eller annat liknande meddelande till vissa konsumenter och härvid, genom det sätt på vilket meddelandet har utformats, ger (eller har gett) konsumenten intrycket att han vunnit ett bestämt pris, utan att vinstutbetalningen är beroende av en varubeställning eller ens av en provbeställning och någon sådan beställning inte heller har gjorts, men mottagaren av meddelandet likväl har begärt att vinsten ska utbetalas, med hänsyn till rådets förordning (EG) nr 44/2001 av den 22 december 2000 om domstols behörighet och om erkännande och verkställighet av domar på privaträttens område en talan som avser ett avtal, eller en därmed jämförbar talan, enligt artikel 15.1 c i nämnda förordning?

För det fall att fråga 1 besvaras nekande:

2) Rör det sig om en sådan talan som avses i artikel 15.1 c i förordning nr 44/2001 när vinstutbetalningen inte har gjorts beroende av en varubeställning, men varor likväl har beställts av den konsument till vilken meddelandet skickades?”

IV — Förfarandet vid domstolen

17. Beslutet om hänskjutande inkom till domstolen den 7 april 2006. Den italienska, den slovenska, den spanska, den tjeckiska och den österriska regeringen samt kommissionen inkom med yttranden under det skriftliga förfarandet. Företrädaren för Schlank & Schicks konkursförvaltare, den spanska, den tjeckiska och den österrikiska regeringen samt kommissionen yttrade sig muntligen och besvarade domstolens frågor vid förhandlingen den 3 juli 2008.

V — Parternas argument

A — *Den första tolkningsfrågan*

18. Beträffande den första frågan kan parternas argument delas in i två huvudgrupper. Den ena gruppen består av de parter som har gjort gällande att konsumenternas talan enligt 5j § i den österrikiska konsumentskyddslagen inte utgör en talan som avser ett avtal i den mening som avses i artikel 15.1 c i förordning nr 44/2001. Den andra gruppen består av de parter som anser att den talan som konsumenterna kan väcka enligt den österrikiska lagen utgör en talan som avser ett avtal i den mening som avses i förordning nr 44/2001. Kommissionen gjorde i sitt skriftliga yttrande gällande den första ståndpunkten, men vid förhandlingen hävdade den att den anser att även den andra ståndpunkten är godtagbar.

19. Enligt *kommissionens* ståndpunkt, vilken angavs i dess skriftliga yttrande, och enligt den *slovenska regeringen* samt företrädaren för *Schlank & Schicks konkursförvaltare,* ska artikel 15.1 c i förordning nr 44/2001 tolkas på samma sätt som artikel 13 första stycket punkt 3 i Brysselkonventionen, trots att ordalydelsen i de båda bestämmelserna inte är helt identisk.

20. *Kommissionen* och den *slovenska regeringen* har i sina skriftliga yttranden framhållit att detta framgår redan av själva ordalydelsen i artikel 15 i förordning nr 44/2001, eftersom det såväl i inledningsfrasen till artikeln som i punkt 1 c i nämnda artikel endast hänvisas till de fall då konsumenten har *ingått* avtal med en avtalspart. Artikel 13 första stycket punkt 3 i Brysselkonventionen avser endast avtal om leverans av varor eller utförande av tjänster, medan artikel 15.1 c i förordning nr 44/2001 även är tillämplig *"i övriga fall*, om avtalet har ingåtts med en person som bedriver kommersiell verksamhet eller yrkesverksamhet". Även i de övriga fall som avses i artikel 15.1 c måste det dock ha *ingåtts* ett avtal mellan konsumenten och avtalsparten.

Både kommissionen och den slovenska regeringen har i sina skriftliga yttranden hänvisat till den ståndpunkt som generaladvokaten Tizzano intog i denna fråga i sitt förslag till avgörande i målet Kapferer. [8] I punkt 54 i nämnda förslag till avgörande framhöll generaladvokaten Tizzano att de ändringar som infördes genom artikel 15 i förordning nr 44/2001 uteslutande avsåg det materiella tillämpningsområdet för bestämmelserna på området för konsumentavtal, utan att på något sätt påverka kravet på att avtal ska ha ingåtts.

21. Även företrädaren för *Schlank & Schicks konkursförvaltare* uppgav vid förhandlingen att denne delar den ståndpunkt som generaladvokaten Tizzano gav uttryck för i sitt förslag till avgörande i målet Kapferer. Denne har framhållit att lydelsen i artikel 15.1 c i förordning nr 44/2001 ändrades jämfört med artikel 13 första stycket punkt 3 i Brysselkonventionen för att avtal som ingåtts via Internet skulle omfattas av tillämpningsområdet för nämnda artikel i förordningen. Enligt företrädaren avser denna bestämmelse i förordningen endast ömsesidigt förpliktande avtal där båda parterna har åtagit sig ömsesidiga skyldigheter. Företrädaren har påpekat att om konsumenten inte har åtagit sig någon skyldighet är det inte nödvändigt att ge konsumenten möjlighet att väcka talan i den medlemsstat där han har hemvist.

22. Den *italienska,* den *spanska,* den *tjeckiska,* och den *österrikiska regeringen* har däremot hävdat att artikel 15.1 c i förordning nr 44/2001 ska tolkas på ett annat sätt än artikel 13 första stycket punkt 3 i Brysselkonventionen. Vid förhandlingen uppgav även *kommissionen* att den anser att en annan tolkning av den ovannämnda bestämmelsen i förordningen är godtagbar.

23. Den *österrikiska regeringen* har påpekat att artikel 15.1 c i förordning nr 44/2001 är mycket vidare formulerad än artikel 13 första stycket punkt 3 i Brysselkonventionen. Den anser att artikel 15.1 c i förordningen inte längre är begränsad till vissa typer av avtal, utan att den är tillämplig på alla typer av konsumentavtal ”i övriga fall”. Även ett ensidigt löfte om vinst som godtas av konsumenten utgör ett sådant ”övrigt fall”. I ett sådant fall uppstår ett avtalsförhållande där konsumenten inte har åtagit sig någon skyldighet. Till stöd för denna ståndpunkt har den österrikiska regeringen åberopat argumentet

8 — Förslag till avgörande av generaladvokat Tizzano föredraget den 10 november 2005 i målet Kapferer (ovan fotnot 5).

att inledningsfrasen i artikel 15.1 i förordning nr 44/2001 är utformad med artikel 5 punkt 1 i samma förordning som förebild, vilket stöder att artikel 15.1 har ett mer omfattande tillämpningsområde.

24. Den *tjeckiska regeringen* har på liknande sätt hävdat att det är nödvändigt att tolka det ensidiga löftet om vinst som ett anbud och begäran om utbetalning av vinsten som en accept. Därigenom uppstår enligt den tjeckiska regeringen ett avtalsförhållande som kan anses utgöra ingående av ett avtal.

25. Den *italienska regeringen* har på samma sätt intagit ståndpunkten att löftet om vinst, vilket Renate Ilsinger godtog genom att skicka begäran om utbetalning av vinsten till Schlank & Schick tillsammans med den kupong som klistrats fast på begäran, utgör ett avtal som har ingåtts av en konsument i den mening som avses i artikel 15.1 c i förordning nr 44/2001. Den italienska regeringen anser att ett avtal kan ha ingåtts i den mening som avses i denna artikel även när endast en av parterna har åtagit sig skyldigheter genom avtalet.

26. Den *spanska regeringen* har till stöd för sin ståndpunkt anfört fyra argument. För det första har den påpekat att lydelsen i artikel 15.1 c i förordning nr 44/2001 skiljer sig från lydelsen i artikel 13 första stycket punkt 3 i Brysselkonventionen. För det andra har nämnda regering framhållit att endast en annan tolkning av artikel 15.1 c i förordning nr 44/2001 kan säkerställa ett starkare skydd för konsumenten, vilken är den svagare avtalsparten. För det tredje anser den spanska regeringen att sambandet mellan domstolarnas behörighet och den materiella rätt som dessa domstolar tillämpar ska beaktas. Med hänsyn till konsumentskyddet är det nödvändigt att säkerställa att bestämmelserna i den medlemsstat där konsumenten har hemvist tillämpas på denne. Slutligen har den spanska regeringen hävdat att en tillämpning av artikel 15 i förordning nr 44/2001 inte alltid leder till att domstolen i den ort där konsumenten har hemvist anses behörig.

27. *Kommissionen* uppgav vid förhandlingen att det, med hänsyn till kravet på en hög konsumentskyddsnivå, även går att godta ståndpunkten att det har ingåtts ett konsumentavtal och att behörigheten således ska

fastställas på grundval av artikel 15.1 c i förordning nr 44/2001, när löftet om utbetalning av en vinst till konsumenten godtas av denne. Kommissionen har påpekat att under senare år har det blivit mycket vanligt att skicka löften om vinster till konsumenter och att många företag har flyttat sitt säte till andra medlemsstater för att undgå att talan eventuellt väcks av konsumenter, vilka är föga benägna att väcka talan i en annan medlemsstat. Kommissionen har även påpekat att denna ståndpunkt inte står i strid med den som generaladvokaten Tizzano gav uttryck för i målet Kapferer. I sistnämnda mål hade det nämligen inte ingåtts något konsumentavtal, eftersom konsumenten inte hade godtagit villkoren för löftet om vinst då denne inte hade gjort en icke bindande provbeställning av varor, vilket var en förutsättning för att vinsten skulle utges.

Kommissionen och den *slovenska* och den *tjeckiska regeringen* har påpekat att domstolen, i domen i målet Gabriel, [9] redan har slagit fast att behörigheten att pröva en tvist som avser ett löfte om utbetalning av en vinst i pengar ska bedömas på grundval av samma bestämmelser som tillämpas för att fastställa behörigheten i en tvist som avser ett avtal om köp av en vara som konsumenten har beställt hos den säljare som utlovat vinsten. Den *italienska regeringen* har hävdat att det finns ett oupplösligt samband mellan löftet om vinst och varubeställningen, eftersom konsumenten har beställt varan på grund av löftet om utbetalning av en vinst vars värde är betydligt högre än värdet på den beställda varan. Vidare har den *italienska* och den *spanska regeringen* påpekat att domstolen, i domen i målet Besix, [10] har slagit fast att en sådan situation bör undvikas där flera domstolar ges behörighet att pröva tvister som avser samma rättsförhållande eller flera rättsförhållanden som har nära samband med varandra. Med hänsyn till den andra tolkningsfrågans underordnade karaktär har den *österrikiska regeringen* inte gett något särskilt förslag till hur frågan bör besvaras.

B — *Den andra tolkningsfrågan*

28. När det gäller den andra tolkningsfrågan är parterna – med undantag av Schlank & Schicks konkursförvaltare – ense om att domstolen bör besvara frågan jakande.

29. Företrädaren för *Schlank & Schicks konkursförvaltare* gjorde vid förhandlingen gällande att även i de fall då konsumenten har beställt varor, trots att en sådan beställning inte utgjorde ett villkor för att vinsten skulle utges, kan domstols behörighet inte fastställas på grundval av den ort där konsumenten har hemvist, eftersom syftet med konsument-

9 — Ovan fotnot 4.

10 — Dom av den 19 februari 2002 i mål C-256/00, Besix (REG 2002, s. I-1699).

skyddet inte är att ge konsumenten en möjlighet att sko sig genom att väcka talan för att få vinsten utbetald.

dennes intressen än de allmänna bestämmelserna. Vid tolkningen av reglerna om särskild behörighet ska det dock beaktas att dessa regler ska tolkas restriktivt och endast med avseende på de fall som uttryckligen anges i förordning nr 44/2001. [11]

VI — Generaladvokatens bedömning

A — *Inledning*

30. Den nationella domstolen har ställt tolkningsfrågorna för att domstolen ska tolka bestämmelserna i förordning nr 44/2001 om domstols behörighet vid konsumenttvister. De bestämmelser som reglerar behörighet vid konsumenttvister utgör ett undantag från den allmänna behörighetsregeln *actor sequitur forum rei*, som anges i artikel 2.1 i förordning nr 44/2001, enligt vilken talan mot den som har hemvist i en medlemsstat ska väckas vid domstol i den medlemsstaten, oberoende av i vilken stat han har medborgarskap. Som framgår av skäl 13 i förordningen ska konsumenten, vilken är den svagare avtalsparten i konsumentavtal, skyddas genom behörighetsbestämmelser som är förmånligare för

31. Den nationella domstolen har ställt den första frågan för att få klarhet i huruvida artikel 15.1 c i förordning nr 44/2001 ska tolkas så, att en talan genom vilken en konsument har rätt att kräva att ett postorderföretag med säte i en annan stat ska betala ut en vinst som konsumenten förefaller ha vunnit utgör en talan som avser ett avtal i den mening som avses i ovannämnda bestämmelse, när vinstutbetalningen inte är beroende av en varubeställning och konsumenten inte heller har beställt några varor. Den nationella domstolen har ställt den andra frågan för att få klarhet i huruvida konsumentens talan för att få vinsten utbetald utgör en talan som avser ett avtal i den mening som avses i artikel 15.1 c när vinstutbetalningen inte är beroende av en varubeställning, men konsumenten likväl har beställt varor.

11 — Se exempelvis dom av den 13 juli 2006 i mål C-103/05, Reisch Montage (REG 2006, s. I-6827), punkt 23, av den 11 oktober 2007 i mål C-98/06, Freeport (REG 2007, s. I-8319), punkt 35, och av den 22 maj 2008 i mål C-462/06, Glaxosmithkline (REG 2008, s. I-3965), punkt 28. Med avseende på Brysselkonventionen, se exempelvis dom av den 3 juli 1997 i mål C-269/95, Benincasa (REG 1997, s. I-3767), punkt 13, av den 27 april 1999 i mål C-99/96, Mietz (REG 1999, s. I-2277), punkt 27, domen i det ovannämnda målet Engler (ovan fotnot 4), punkt 43, och av den 20 januari 2005 i mål C-464/01, Gruber (REG 2005, s. I-439), punkt 32.

32. Vad beträffar de faktiska omständigheterna ska det påpekas att det inte klart framgår av den nationella domstolens beslut huruvida Renate Ilsinger faktiskt beställde en vara av Schlank & Schick. Den nationella domstolen har uppgett att domstolen i första instans grundade sitt beslut på den omständigheten att begäran om utbetalning av vinsten inte var beroende av en varubeställning och att det inte skulle anses vara väsentligt huruvida Renate Ilsinger hade beställt några varor av svarandebolaget. Den nationella domstolen vill därför att förhandsavgörandet ska avse både det fall då konsumenten har beställt varor och det fall då konsumenten inte har gjort en sådan beställning.

B — *Prövning av den första tolkningsfrågan*

33. Den nationella domstolen har ställt den första frågan för att få klarhet i huruvida en talan grundad på 5j § i den österrikiska konsumentskyddslagen utgör en talan som avser ett avtal, i den mening som avses i artikel 15.1 c i förordning nr 44/2001. Med beaktande av att domstolen, inom ramen för en begäran om förhandsavgörande, endast tolkar de gemenskapsrättsliga bestämmelserna för att tillhandahålla den nationella domstolen de uppgifter som är användbara vid prövningen av det vid den nationella domstolen anhängiggjorda målet, [12] bör den första tolkningsfrågan omformuleras enligt följande:

Ska artikel 15.1 c i rådets förordning (EG) nr 44/2001 av den 22 december 2000 om domstols behörighet och om erkännande och verkställighet av domar på privaträttens område tolkas så, att en talan i enlighet med lagstiftningen i den medlemsstat där konsumenten har hemvist, genom vilken konsumenten har rätt att kräva att en näringsidkare med säte i en annan medlemsstat ska betala ut en vinst som konsumenten förefaller ha vunnit, när näringsidkaren har sänt ett meddelande om lotterivinst till vissa konsumenter, vilket är utformat på sådant sätt att det ger intryck av att mottagaren har vunnit ett bestämt pris, utan att vinstutbetalningen är beroende av en varubeställning eller ens av en provbeställning och någon beställning inte heller har gjorts, men mottagaren av meddelandet likväl har begärt att vinsten ska utbetalas, utgör en talan som avser ett avtal i den mening som avses i artikel 15.1 c i förordning nr 44/2001?

34. För att behörighet ska kunna föreligga enligt artikel 15.1 c i förordning nr 44/2001

12 — Se exempelvis dom av den 3 oktober 2000 i mål C-58/98, Corsten (REG 2000, s. I-7919), punkt 24, och av den 22 januari 2002 i mål C-390/99, Canal Satélite (REG 2002, s. I-607), punkt 24.

krävs att tre villkor är uppfyllda.[13] För det första ska konsumenten vara en enskild som inte bedriver affärsmässig verksamhet eller yrkesverksamhet. För det andra skall talan avse ett konsumentavtal som har ingåtts mellan en konsument och en person som bedriver kommersiell verksamhet eller yrkesverksamhet. För det tredje ska denna person bedriva den kommersiella verksamheten eller yrkesverksamheten i den medlemsstat där konsumenten har hemvist eller, på något sätt, rikta denna verksamhet till den medlemsstaten eller flera stater, däribland den medlemsstaten, och avtalet ska falla inom ramen för sådan verksamhet.

35. Det första och det tredje villkoret är uppfyllda i detta fall. Renate Ilsinger är utan tvekan en konsument i den mening som avses i artikel 15.1 i förordning nr 44/2001. I det aktuella rättsförhållandet utgör hon en enskild som inte bedriver affärsmässig verksamhet eller yrkesverksamhet. Likaså bedriver bolaget Schlank & Schick kommersiell verksamhet, som det genom postorderförsäljning riktar till den medlemsstat där Renate Ilsinger har hemvist. Vidare kan det anses att löftet om vinst till konsumenten faller inom ramen för denna verksamhet, eftersom bolaget därigenom försöker locka konsumenten att köpa en vara. I förevarande mål är det dock tvistigt huruvida det andra villkoret är uppfyllt, det vill säga huruvida talan avser ett konsumentavtal som har ingåtts mellan Renate Ilsinger och bolaget Schlank & Schick. Fastställandet av vilken domstol som är behörig att pröva den talan som konsumenten väcker för att få utbetalt den vinst som denne förefaller ha vunnit är avhängigt svaret på frågan, huruvida det i förevarande fall har ingåtts ett konsumentavtal till följd av det löfte om vinst som konsumenten har getts.

36. När det gäller frågan om behörighet att pröva talan om utbetalning av vinster som konsumenter förefaller ha vunnit, har domstolen hittills endast tagit ställning till denna fråga inom ramen för Brysselkonventionen, men ännu inte med avseende på förordning

13 — Beträffande de tre villkoren för att tillämpa artikel 13 första stycket punkt 3 i Brysselkonventionen, se analogt domarna i målen Gabriel (ovan fotnot 4), punkterna 38–40 och 47–51, och Engler (ovan fotnot 4), punkt 34.

nr 44/2001. [14] Vid tolkningen av artikel 13 första stycket punkt 3 i Brysselkonventionen har domstolen i sin rättspraxis redan tagit ställning till en fråga som motsvarar den första frågan i förevarande mål, nämligen i domen i målet Engler. [15] I nämnda dom slog domstolen fast att denna artikel i Brysselkonventionen inte är tillämplig när säljaren har skickat ett meddelande med löfte om vinst till konsumenten och konsumenten begär att vinsten ska utbetalas utan att ha ingått ett avtal med säljaren om tillhandahållande av varor eller tjänster. I domen påpekade domstolen att ”säljarens åtgärder [vilka bestod i ett köperbjudande]... inte resulterade i att ett sådant avtal som avses i den aktuella bestämmelsen, vilket ger upphov till ömsesidigt bindande förpliktelser, ingicks mellan konsumenten och säljaren” [16]. Enligt domstolen saknade såväl målsättningen med den nämnda bestämmelsen, nämligen att säkerställa ett skydd för konsumenten såsom varande den svagare parten, som den omständigheten att säljaren hade skickat en kupong för provbeställning av varor till konsumenten, vars syfte uppenbarligen var att förmå konsumenten att beställa varor, betydelse för denna slutsats. [17]

37. I förevarande mål är det därför viktigt att fastställa huruvida kontinuiteten mellan de två aktuella rättsakterna ska säkerställas och följaktligen huruvida artikel 15.1 c i förordning nr 44/2001 ska tolkas på samma sätt som artikel 13 första stycket punkt 3 i Brysselkonventionen, eller om denna artikel i förordningen ska tolkas på ett annat sätt, med hänsyn till att den delvis har en annan lydelse. I det avseendet anser jag att man vid tolkningen av förordning nr 44/2001 – vilken sedan den 1 mars 2002 har ersatt Brysselkonventionen [18] – allmänt bör utgå från principen om kontinuitet. Som framgår av skäl 19 i förordning nr 44/2001 bör kontinuiteten mellan Brysselkonventionen och förordningen säkerställas. Denna kontinuitet bör

14 — I doktrinen ges inte heller ett klart svar på denna fråga. I Rauscher, T. (utgivare), *Europäisches Zivilprozeßrecht. Kommentar*, andra upplagan, Sellier. European Law Publishers, München, 2006, s. 284, punkt 9, är A. Staudinger osäker på huruvida den rättspraxis som avser Brysselkonventionen går att överföra på artikel 15 i förordning nr 44/2001, eftersom lydelsen i den artikeln liknar lydelsen i artikel 5 punkt 1 a i samma förordning. I Geimer, R. och Schütze, R.A., *Europäisches Zivilverfahrensrecht. Kommentar zur EuGVVO, EuEheVO, EuZustellungsVO, zum Lugano-Übereinkommen und zum nationalen Kompetenz- und Anerkennungsrecht*, Beck, München, 2004, s. 275, punkt 17, hävdar R. Geimer att löften om vinst omfattas av artikel 15 i förordning nr 44/2001, men han citerar i det avseendet domen i målet Gabriel, varför påståendet med stor sannolikhet avser behörighet i fråga om löften om vinst som åtföljs av en varubeställning av konsumenten.

15 — Domen i målet Engler (ovan fotnot 4).

16 — Domen i målet Engler (ovan fotnot 4), punkt 36. I punkt 40 påpekade domstolen uttryckligen att artikel 13 i Brysselkonventionen ”utan tvetydighet avser ’avtal som har ingåtts’ av en konsument ’om leverans av varor eller utförande av tjänster’”.

17 — Domen i målet Engler (ovan fotnot 4), punkt 39.

18 — Kommissionen förelade rådet ett förslag till förordning år 1999. Förordningen antogs dock i december 2000. Se i doktrinen, vad allmänt beträffar bakgrunden till förordning nr 44/2001 och att förordningen ersatt Brysselkonventionen, exempelvis Micklitz, H.-W. och Rott, P., ”Vergemeinschaftung des EuGVÜ in der Verordnung (EG) Nr. 44/2001”, *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, nr 11/2001, s. 325 och följande sidor; Schoibl, N.A., ”Vom Brüsseler Übereinkommen zur Brüssel-I-VO: Neuerungen im Europäischen Zivilprozessrecht”, *Juristische Blätter*, nr 3/2003, s. 150; Storskrubb, E., *Civil Procedure and EU Law. A Policy Area Uncovered*, Oxford University Press, New York, 2008, s. 132 och följande sidor.

även gälla domstolens tolkning av bestämmelserna i Brysselkonventionen. I sin rättspraxis har domstolen redan följt denna princip om kontinuitet vid tolkningen av förordning nr 44/2001. [19] Domstolen har dock av berättigade skäl och med hänsyn till de materiella skillnaderna mellan förordning nr 44/2001 och Brysselkonventionen redan frångått denna princip genom att tolka förordningen på ett annat sätt. [20] I förevarande mål ska det därför bedömas huruvida den annorlunda lydelsen i artikel 15.1 c i förordning nr 44/2001 jämfört med artikel 13 första stycket punkt 3 i Brysselkonventionen, i kombination med kravet på att säkerställa en högre konsumentskyddsnivå, motiverar en annan tolkning av denna artikel i förordningen.

1. Ingåendet av ett konsumentavtal som villkor för att tillämpa artikel 15.1 c i förordning nr 44/2001

38. Vid bedömningen av den första tolkningsfrågan ska det först och främst beaktas att lydelsen i artikel 15.1 c i förordning nr 44/2001 skiljer sig från lydelsen i artikel 13 första stycket punkt 3 i Brysselkonventionen. I inledningen till artikel 13 första stycket i Brysselkonventionen och artikel 15.1 i förordning nr 44/2001 anges att om talan avser ”avtal som har ingåtts av en... konsumen[t]” gäller i fråga om behörigheten bestämmelserna i respektive avsnitt i de två rättsakterna som reglerar behörighet vid konsumenttvister. Formuleringen i artikel 15.1 c i förordning nr 44/2001 är dock mer

19 — I exempelvis domen i målet Reisch Montage (ovan fotnot 11), punkterna 22–25, hänvisade domstolen, vid tolkningen av förordning nr 44/2001, till rättspraxis avseende Brysselkonventionen. Även i dom av den 1 oktober 2002 i mål C-167/00, Verein für Konsumenteninformation (REG 2002, s. I-8111), punkt 49, slog domstolen fast att det inte finns något skäl att tolka artikel 5 punkt 3 i Brysselkonventionen och artikel 5 punkt 3 i förordning nr 44/2001 på olika sätt, och kravet på enhetlighet innebär att de båda bestämmelserna ska ges samma räckvidd. Domstolen påpekade även att detta gäller i synnerhet eftersom denna förordning är avsedd att ersätta Brysselkonventionen i förhållandena mellan medlemsstaterna, med undantag av Konungariket Danmark.

20 — I domen i målet Glaxosmithkline (ovan fotnot 11), påpekade domstolen i punkt 15 att behörighetsreglerna avseende individuella anställningsavtal i förordning nr 44/2001 skiljer sig påtagligt från Brysselkonventionens bestämmelser på området. I punkt 24 angav domstolen att den tolkningen även finner stöd i förarbetena till förordning nr 44/2001. Av det skälet frångick domstolen principen om kontinuitet vid tolkningen genom att tolka förordning nr 44/2001 på ett annat sätt än Brysselkonventionen.

omfattande än formuleringen i artikel 13 första stycket punkt 3 i Brysselkonventionen. I artikel 13 första stycket punkt 3 i Brysselkonventionen föreskrivs att i fråga om behörigheten gäller bestämmelserna i det avsnitt av konventionen som reglerar avtal som har ingåtts av konsumenter, om det gäller bland annat ”andra avtal om leverans av varor eller utförande av tjänster”. I artikel 15.1 c i förordning nr 44/2001 föreskrivs i stället att i fråga om behörigheten gäller bestämmelserna i det avsnitt av förordningen som avser konsumentavtal ”*i övriga fall*, om avtalet har ingåtts” med en avtalspart som bedriver kommersiell verksamhet eller yrkesverksamhet i den medlemsstat där konsumenten har hemvist eller riktar sådan verksamhet till den medlemsstaten. Artikel 13 första stycket punkt 3 i Brysselkonventionen är således begränsad till att avse avtal om leverans av varor eller utförande av tjänster, medan artikel 15.1 c i förordning nr 44/2001 avser samtliga avtal som har ingåtts mellan en konsument och en avtalspart, om de villkor som föreskrivs i nämnda artikel är uppfyllda.

39. Som framgår av motiveringen till förslaget till förordning nr 44/2001 ändrades lydelsen i artikel 15.1 c i förordningen, jämfört med lydelsen i artikel 13 första stycket punkt 3 i Brysselkonventionen, framför allt för att avtal som ingåtts via Internet även ska omfattas av artikelns tillämpningsområde. [21] Av det skälet ändrades artikel 15.1 c i förordning nr 44/2001 för att omfatta även de fall då avtalet har ingåtts med en person som riktar sin kommersiella verksamhet eller yrkesverksamhet till den medlemsstat där konsumenten har hemvist. [22] Artikeln är dock även tillämplig när personen bedriver kommersiell verksamhet eller yrkesverksamhet i den

21 — Se motiveringen i förslaget till rådets förordning (EG) om domstols behörighet och om erkännande och verkställighet av domar på privaträttens område (KOM(1999) 348 slutlig, s. 14 i den svenska språkversionen av motiveringen). I doktrinen, se exempelvis Schlosser, P., *EU-Zivilprozessrecht, Kommentar zur EuGVVO, EuEheVO, AVAG, HZÜ, EuZVO, HBÜ, EuBVO*, andra upplagan, Beck, München, 2003, s. 117, punkt 8a, vari det påpekas att artikel 15.1 c i förordning nr 44/2001 är tillämplig i de fall då konsumenten har gjort en beställning via en interaktiv webbplats på Internet, men inte då konsumenten endast har tillgång till en passiv webbplats på Internet. I Czernich, D., Kodek, G.E., Tiefenthaler, S., *Europäisches Gerichtsstands- und Vollstreckungsrecht EuGVÖ und Lugano-Übereinkommen. Kurzkommentar*, andra upplagan, LexisNexis ARD ORAC, Wien, 2003, s. 141, punkt 25, klargör S. Tiefenthaler att en interaktiv webbplats på Internet gör det möjligt att ingå avtal ”med ett musklick”. Se även allmänt Reich, N., och Gambogi, A.P., ”Gerichtsstand bei internationalen Verbrauchervertragsstreitigkeiten im e-commerce”, *Verbraucher und Recht*, nr. 8/2001, s. 269 och följande sidor; Stadler, A., ”From the Brussels Convention to Regulation 44/2001: Cornerstones of a European law of civil procedure”, *Common Market Law Review*, nr 6/2005, s. 1640 och följande sidor; Storskrubb, E., *Civil Procedure and EU Law. A Policy Area Uncovered*, Oxford University Press, New York, 2008, s. 139.

22 — För en närmare redogörelse för detta villkor, se exempelvis Geimer, R. i Geimer, R., och Schütze, R.A., *Europäisches Zivilverfahrensrecht. Kommentar zur EuGVVO, EuEheVO, EuZustellungsVO, zum Lugano-Übereinkommen und zum nationalen Kompetenz- und Anerkennungsrecht* (ovan fotnot 14), s. 278, punkt 35.

medlemsstat där konsumenten har hemvist. Om de angivna villkoren är uppfyllda är artikeln även tillämplig på exempelvis avtal om så kallade paketresor, [23] avtal om förvaltning [24] och andra avtal [25].

40. Genom att införa denna mer omfattande lydelse hade gemenskapslagstiftaren, enligt min mening, inte för avsikt att begränsa tillämpningen av artikel 15.1 c i förordning nr 44/2001 till att endast avse ömsesidigt förpliktande avtal (*contractus bilaterales aequales*). Avsikten var tvärtom att utvidga tillämpningen av denna artikel till att omfatta alla konsumentavtal. Tre argument kan åberopas till stöd för denna uppfattning. För det första framgår det av artikel 15.1 i förordning nr 44/2001 att konsumentavtal är sådana avtal ”som har ingåtts av en person, konsumenten, för ändamål som kan anses ligga utanför hans affärsverksamhet eller yrkesverksamhet”. Vid fastställandet av huruvida ett avtal hör till kategorin konsumentavtal beaktas således parterna till avtalet, och inte avtalets innehåll eller de skyldigheter som avtalsparterna åtagit sig. För det andra föreskrivs det uttryckligen i artikel 15.1 c att artikeln är tillämplig ”i övriga fall”, om avtalet har ingåtts i enlighet med de villkor som anges i artikel 15.1 c. Om gemenskapslagstiftaren hade haft för avsikt att begränsa tillämpningen av artikel 15.1 c till att endast avse ömsesidigt förpliktande avtal, skulle denne i lämpliga ordalag ha klargjort att bestämmelsen endast är tillämplig i vissa fall. Eftersom gemenskapslagstiftaren har använt det allmänna begreppet avtal i förordningen, ska det anses att alla typer av avtal omfattas av begreppet. [26] För det tredje, om tillämpningen av artikel 15.1 c begränsades till att endast avse ömsesidigt förpliktande avtal, skulle följden bli att denna artikel inte kan tillämpas på vissa avtal som medför skyldigheter för endast en avtalspart, exempelvis borgensavtal som har ingåtts av en konsument och som innebär att konsumenten åtar sig ansvaret för en annan konsuments skulder [27] eller avtal om ställande av säkerhet som har ingåtts med en konsument.

23 — Enligt artikel 15.3 i förordning nr 44/2001 ska bestämmelserna i avsnittet om behörighet vid konsumenttvister ”inte tillämpas på transportavtal utom när det gäller avtal om en kombination av resa och inkvartering för ett pris där allt är inkluderat”. Reseavtal är följaktligen i princip undantagna från tillämpningen av behörighetsreglerna i förordningens avsnitt om konsumenttvister, med undantag av avtal om så kallade paketresor. Detta framgår även av motiveringen i förslaget till rådets förordning (EG) om domstols behörighet och om erkännande och verkställighet av domar på privaträttens område (KOM(1999) 348 slutlig, s. 15 i den svenska språkversionen av motiveringen). Se även Rauscher, T. (utgivare), *Europäisches Zivilprozeßrecht. Kommentar* (ovan fotnot 14), s. 283, punkt 8.

24 — Se även Rauscher, T. (utgivare), *Europäisches Zivilprozeßrecht. Kommentar* (ovan fotnot 14), s. 283, punkt 8.

25 — Exempelvis avtal om time-share, när de har ingåtts av konsumenter. Se motiveringen i förslaget till rådets förordning (EG) om domstols behörighet och om erkännande och verkställighet av domar på privaträttens område (KOM (1999) 348 slutlig, s. 14 i den svenska språkversionen av motiveringen). I artikel 22 punkt 1 i förordning nr 44/2001 föreskrivs att om talan avser sakrätt i fast egendom eller nyttjanderätt till fast egendom har domstolarna i den medlemsstat där egendomen är belägen exklusiv behörighet. I förslaget till förordning har dock kommissionen förklarat att artikel 15 i förordningen ska tillämpas på avtal om time-share som ingåtts av konsumenter.

26 — På motsvarande sätt har generaladvokaten Tizzano i punkt 35 i det förslag till avgörande som han föredrog den 20 september 2001 i mål C-168/00, Leitner (där domstolen meddelade dom den 12 mars 2002, REG 2002, s. I-2631), gjort gällande att när man i gemenskapslagstiftningen velat göra en åtskillnad mellan skador som producenten ska hållas ansvarig för enligt ett gemenskapsdirektiv och sådana som ska regleras av medlemsstaterna, har man gjort så uttryckligen. Om däremot lagstiftaren i ett gemenskapsdirektiv har valt att hänvisa till begreppet ”skada” på ett allmänt och vagt sätt måste man därav dra slutsatsen att lagstiftaren gjort så för att i detta begrepp inbegripa alla möjliga typer av skador.

27 — Domstolen har exempelvis redan slagit fast, med avseende på 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), att borgensavtal i princip kan utgöra konsumentavtal i den mening som avses i det direktivet (se dom av den 17 mars 1998 i mål C-45/96, Bayerische Hypotheken- und Wechselbank, REG 1998, s. I-1199, punkt 20). I doktrinen, se Staudinger, A. i Rauscher, T. (utgivare), *Europäisches Zivilprozeßrecht. Kommentar* (ovan fotnot 14), s. 283, punkt 8.

41. Domstolen har visserligen slagit fast att artikel 13 första stycket punkt 3 i Brysselkonventionen är tillämplig om ”talan avse[r] ett avtal mellan konsumenten och säljaren om tillhandahållande av varor eller tjänster, vilket har gett upphov till ömsesidiga och av varandra beroende skyldigheter mellan parterna” [28]. I det avseendet ska det dock beaktas att både avtal om leverans av varor och avtal om utförande av tjänster – det vill säga de enda avtal som avses i artikel 13 första stycket punkt 3 i Brysselkonventionen – utgör ömsesidigt förpliktande avtal. Vid tolkningen av denna bestämmelse i Brysselkonventionen har således domstolen, enligt min mening, genom att omnämna förhållandets ömsesidigt förpliktande karaktär, endast abstrakt klargjort vad som kännetecknar avtal om leverans av varor eller utförande av tjänster. Jag anser därför att argumentet om ömsesidigt förpliktande avtal inte kan användas med avseende på tolkningen av artikel 15.1 c i förordning nr 44/2001.

42. Som generaladvokaten Tizzano påpekade i sitt förslag till avgörande i målet Kapferer ska det, vid fastställandet av behörigheten i fråga om konsumentavtal, beaktas att artikel 13 första stycket i Brysselkonventionen och artikel 15.1 i förordning nr 44/2001 endast är tillämpliga när *avtal har ingåtts* mellan en näringsidkare och en konsument. [29] Jag måste således instämma med generaladvokaten Tizzano att de ändringar som infördes i artikel 15 i förordning nr 44/2001 inte har påverkat kravet på att avtal ska ha ingåtts [30] som ett villkor för att tillämpa nämnda artikel. Som generaladvokaten påpekade i nämnda förslag till avgörande avsåg de ändringar som infördes genom artikel 15 i förordning nr 44/2001 uteslutande det materiella tillämpningsområdet för bestämmelserna på området för konsumentavtal, [31] vilket innebär att de rör ett större antal konsumentavtal. I målet Kapferer gjorde generaladvokaten Tizzano visserligen gällande att domstolens tolkning av artikel 13 första stycket punkt 3 i Brysselkonventionen i domen i målet Engler skulle överföras på artikel 15.1 c i förordning nr 44/2001 och han påpekade att det inte hade ingåtts något konsumentavtal i målet Kapferer. Som kommissionen med rätta påpekade vid förhandlingen var dock rätten att få vinsten utbetald beroende av en varubeställning i målet Kapferer, [32] och med hänsyn till att det i det fallet inte var möjligt att med säkerhet fastställa huruvida en vara hade beställts, ansåg generaladvokaten att det inte hade ingåtts ett avtal om leverans av varor.

28 — Domen i målet Engler (ovan fotnot 4), punkt 34.

29 — Generaladvokaten Tizzanos förslag till avgörande i målet Kapferer (ovan fotnot 8), punkt 52.

30 — Generaladvokaten Tizzanos förslag till avgörande i målet Kapferer (ovan fotnot 8), punkt 54.

31 — Ibidem.

32 — Detta framgår av domen i målet Kapferer (ovan fotnot 5), punkt 9, och av generaladvokaten Tizzanos förslag till avgörande i målet Kapferer (ovan fotnot 8), punkt 11.

43. Med hänsyn till det krav på att avtal ska ha ingåtts som uppställs i artikel 15 i förordning nr 44/2001, går det i förevarande mål inte att stödja sig på det argument som den österrikiska regeringen har åberopat, enligt vilket artikel 15.1 i förordning nr 44/2001 ska tolkas på samma sätt som artikel 5 punkt 1 a [33] i samma förordning, eftersom inledningen i artikel 15.1 är utformad med artikel 5 punkt 1 a i samma förordning som förebild. Till skillnad från artikel 5 punkt 1 a i förordning nr 44/2001 krävs det enligt artikel 15.1 i samma förordning att det har *ingåtts* ett avtal, vilket utgör en väsentlig skillnad mellan de båda bestämmelserna. Det är just av det skälet som artikel 5 punkt 1 a i förordningen kan vara tillämplig även när det inte har ingåtts något avtal. [34] Vidare ska det påpekas att en analys av de olika språkversionerna av de båda artiklarna i förordningen visar att – oberoende av kravet på att avtal ska ha ingåtts i artikel 15.1 – artiklarna har formulerats i mycket liknande ordalag endast i några språkversioner, medan i de flesta språkversioner är artikel 5 punkt 1 a mer allmänt formulerad än artikel 15.1. De båda artiklarna har en mycket liknande struktur i den tyska och den engelska språkversionen. [35] I de flesta andra språkversioner används dock i artikel 5 punkt 1 a ett mer omfattande begrepp – ”talan avser avtal” – medan det i artikel 15.1 står ”talan som avser avtal som har ingåtts av... konsumenten”. [36]

2. Villkoren för ingående av ett konsumentavtal

44. Av inledningsfrasen i artikel 15.1 i förordning nr 44/2001 framgår att konsumentavtal i den mening som avses i förordningen är avtal som har ingåtts av en konsument för ändamål

33 — Den österriska regeringen har allmänt hänvisat till artikel 5 punkt 1, men i det avseendet har den nämnt lydelsen i led a i nämnda artikel.

34 — Se analogt, vad gäller Brysselkonventionen, domen i målet Engler (ovan fotnot 4), punkt 36 och domslutet, vilken avsåg ett fall där konsumenten inte hade ingått något avtal med säljaren i den mening som avses i artikel 13 första stycket punkt 3 i konventionen och där behörigheten fastställdes på grundval av artikel 5 punkt 1 i konventionen.

35 — I den tyska språkversionen står det i artikel 5 punkt 1 a ”ein Vertrag oder Ansprüche aus einem Vertrag” och i artikel 15.1 ”ein Vertrag oder Ansprüche aus einem Vertrag, den … der Verbraucher … geschlossen hat”. I den engelska språkversionen står det i artikel 5 punkt 1 a ”matters relating to a contract” och i artikel 15.1 ”matters relating to a contract concluded by … the consumer”.

36 — Nedan anges exempel på de uttryck som används i artikel 5 punkt 1 a respektive i artikel 15.1 i några av förordningens andra språkversioner. Den franska språkversionen: ”matière contractuelle” och ”matière de contrat conclu par … le consommateur”. Den italienska språkversionen: ”materia contrattuale” och ”materia di contratti conclusi da … il consumatore”. Den spanska språkversionen: ”materia contractual” och ”materia de contratos celebrados por … el consumidor”. Den portugisiska språkversionen: ”matéria contratual” och ”matéria de contrato celebrado por … o consumidor”. Den rumänska språkversionen: materie contractuală och ceea ce priveşte un contract încheiat de … consumatorul”. Den slovenska språkversionen: ”zadevah v zvezi s pogodbenimi razmerji” och ”zadevah v zvezi s pogodbami, ki jih sklene … potrošnik”.

som kan anses ligga utanför hans affärsverksamhet eller yrkesverksamhet. I förordningen definieras dock inte när ett konsumentavtal har ingåtts. Det finns inte heller på gemenskapsnivå några tvingande civilrättsliga regler som fastställer när och på vilka villkor ett avtal har ingåtts.

45. Även om villkoren för ingående av avtal inte definieras i förordning nr 44/2001 kan dessa villkor utläsas av domstolens rättspraxis och analogt av vissa rättsakter i gemenskapens sekundärrätt samt av vissa handlingar som utarbetats av expertkommittéer på området för europeisk avtalsrätt, med beaktande även av relevant doktrin på området. Jag kommer nedan att redogöra för de allmänna villkoren för ingående av ett avtal i gemenskapsrätten. Dessa villkor gäller *a maiori ad minus* även för ingående av konsumentavtal i den mening som avses i förordning nr 44/2001.

46. Ett av de grundläggande villkoren för ingående av avtal i gemenskapsrätten är att parterna, på grundval av ett anbud och en accept, har en gemensam vilja att ingå avtal.

47. Kravet på att det ska finnas ett anbud och en accept som ligger till grund för en gemensam vilja, vilken utgör en nödvändig del för att avtal ska ha ingåtts, går först och främst att utläsa ur domstolens rättspraxis. I domen i målet Gabriel påpekade domstolen att det uppstått ett avtal mellan konsumenten och säljaren, eftersom konsumenten hade beställt varor av säljaren och därigenom ”accepterade... anbud[et]” [37] och att denna ”viljeöverensstämmelse” mellan de två parterna hade gett upphov till skyldigheter inom ramen för ett avtal. [38]

48. Kravet på att det ska finnas ett anbud och en accept som ett villkor för att ett avtal ska ha ingåtts framgår även implicit av vissa gemenskapsdirektiv om konsumentskydd. I exem-

37 — Domen i målet Gabriel (ovan fotnot 4), punkt 48.
38 — Domen i målet Gabriel (ovan fotnot 4), punkt 49.

pelvis direktiv 97/7 om konsumentskydd vid distansavtal [39] används uttrycken erbjudande [40] och samtycke [41]. I direktiv 2002/65 om distansförsäljning av finansiella tjänster till konsumenter [42] används uttrycken anbud [43] och samtycke [44].

49. Vidare framgår det av en handling som utarbetats av en expertgrupp, med titeln *Draft Common Frame of Reference* (förslag till gemensam referensram, nedan kallat DCFR), [45] vilken i framtiden kanske kommer att utgöra utgångspunkten för ett enhetligt regelverk för europeisk civilrätt, att avtal har ingåtts om parterna avser att ingå ett bindande rättsförhållande eller uppnå andra rättsverkningar och de når tillräcklig enighet (artikel II.-4:101) [46]. I kapitlet om avtal i DCFR regleras även anbudet (artikel II.-4:201) och accepten (artikel II.-4:204). Enligt artikel II.-4:201 första stycket ska ett erbjudande anses utgöra ett anbud om det, för det första, syftar till att resultera i ett avtal om motparten accepterar erbjudandet och om det, för det andra, innehåller tillräckligt klara villkor för att utgöra ett avtal. [47] Enligt artikel II.-4:204 första stycket utgör varje typ av uttalande eller agerande från anbudsmottagarens sida en accept, om det tyder på samtycke till anbudet. [48] Motsvarande bestäm-

39 — Europaparlamentets och rådets direktiv 97/7/EG av den 20 maj 1997 om konsumentskydd vid distansavtal (EGT L 144, s. 19).

40 — I artikel 4.1 h i direktiv 97/7 föreskrivs att konsumenten, i god tid innan ett distansavtal ingås, ska få information om ”[d]en tid under vilken *erbjudandet* eller priset gäller” (min kursivering).

41 — I artikel 9 i direktiv 97/7 föreskrivs att ”[m]edlemsstaterna skall vidta nödvändiga åtgärder för att... befria konsumenten från fullgörande av motprestation vid leverans utan föregående beställning eftersom ett uteblivet svar inte är liktydigt med *samtycke*” (min kursivering).

42 — Europaparlamentets och rådets direktiv 2002/65/EG av den 23 september 2002 om distansförsäljning av finansiella tjänster till konsumenter och om ändring av rådets direktiv 90/619/EEG samt direktiven 97/7/EG och 98/27/EG (EGT L 271, s. 16).

43 — I exempelvis artikel 3.1 i direktiv 2002/65 föreskrivs att ”innan konsumenten blir bunden av ett distansavtal eller ett *anbud*” ska denne ges viss information. På samma sätt ska leverantören enligt artikel 5.1 till konsumenten överlämna samtliga avtalsvillkor och annan information ”innan konsumenten är bunden av ett distansavtal eller ett *anbud*” (min kursivering).

44 — Enligt artikel 9 i samma direktiv ska medlemsstaterna vidta nödvändiga åtgärder för att befria konsumenten från alla skyldigheter i händelse av ett tillhandahållande som inte har beställts, varvid ”frånvaron av svar inte skall anses utgöra *samtycke*” (min kursivering).

45 — Von Bar, C. m.fl. (utgivare), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Interim Outline Edition; prepared by the Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group)*, Sellier. European Law Publishers, München, 2008.

46 — Artikel II.-4:101 DCFR (Requirements for the conclusion of a contract) har i originaltexten följande lydelse: ”A contract is concluded, without any further requirement, if the parties: (a) intend to enter into a binding legal relationship or bring about some other legal effect; and (b) reach a sufficient agreement.”

47 — Artikel II.-4:201 första stycket DCFR (Offer) har i originaltexten följande lydelse: ”A proposal amounts to an offer if: (a) it is intended to result in a contract if the other party accepts it; and (b) it contains sufficiently definite terms to form a contract.”

48 — Artikel II.-4:204 första stycket DCFR (Acceptance) har i originaltexten följande lydelse: ”Any form of statement or conduct by the offeree is an acceptance if it indicates assent to the offer.”

melser finns redan i *Principles of European Contract Law* (principerna för den europeiska avtalsrätten, nedan kallade PECL). [49]

50. Även i doktrinen i fråga om europeisk avtalsrätt anses det viktigaste villkoret för ingående av avtal i europeisk rätt vara en gemensam vilja, vilken uppnås genom ett anbud och en accept. [50] Ur ett komparativrättsligt perspektiv är parternas gemensamma vilja av väsentlig betydelse för ingående av avtal även i många medlemsstaters rättsordningar. [51]

51. Vad beträffar villkoren för ingående av avtal, vill jag även påpeka att frågan huruvida ett anbud har lämnats ska bedömas ur anbudsmottagarens synvinkel. Av DCFR framgår exempelvis att en parts avsikt att

49 — PECL har senare införts, i en delvis ändrad version, i DCFR, vilket på ett mer omfattande och systematiskt sätt reglerar grunderna för ett civilrättsligt regelverk inom EU. För en närmare redogörelse för förhållandet mellan PECL och DCFR, se von Bar, C. m.fl. (utgivare), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Interim Outline Edition; prepared by the Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group)* (ovan fotnot 45), s. 24 och följande sidor. Beträffande de i PECL föreskrivna villkoren för ingående av avtal, se artikel 2:101 (Conditions for the Conclusion of a Contract); vad beträffar anbudet, se artikel 2:201 (Offer); vad beträffar accepten, se artikel 2:204 (Acceptance).

50 — Schulze, R., ”Precontractual Duties and Conclusion of Contract in European Law”, *European Review of Private Law*, nr 6/2005, s. 850; Riesenhuber, K., *System und Prinzipien des Europäischen Vertragsrechts*, De Gruyter Recht, Berlin, 2003, s. 315 och följande sidor; Gandolfi, G. (utgivare), *Code européen des contrats. Avant-projet*, Giuffrè Editore, Milano, 2004, s. 105. Beträffande kravet på en överenskommelse mellan parterna om att ingå avtal i gemenskapsrätten, se även Pfeiffer, T., ”Der Vertragsschluss im Gemeinschaftsrecht”, i Schulze, R., Ebers, M., och Grigoleit, H.C., *Informationspflichten und Vertragsschluss im Acquis communautaire*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2003, s. 109. Pfeiffer påpekar även att vid konsumentavtal följs ofta ingåendet av avtalet av en period under vilken konsumenten får frånträda avtalet. Se Pfeiffer, T., ”New Mechanisms for Concluding Contracts”, i Schulze, R., *New Features in Contract Law*, Sellier. European Law Publishers, München, 2007, s. 163. Anbudets och acceptens betydelse för ingående av avtal framhålls även av Van Erp, J.H.M., i Hartkamp, A. m. fl. (utgivare), *Towards a European Civil code*, Kluwer Law International, Ars Aequi Libri, Nijmegen, 2004, s. 367. Schmidt-Kessel, M., ”At the Frontiers of Contract Law: Donation in European Private Law”, i Vaquer, A. (utgivare), *European Private Law Beyond the Common Frame of Reference. Essays in Honour of Reinhard Zimmermann*, Europa Law Publishing, Groningen, 2008, s. 84, framhåller att även gåvor definieras som avtal i europeisk avtalsrätt. Det innebär att det även för ingående av avtal om gåva krävs en gemensam vilja, vilken uppnås genom ett anbud och en accept.

51 — Vad beträffar österrikisk rätt, se 861 § Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch, av vilken det framgår att avtalet uppstår på grundval av en gemensam vilja. Se i doktrinen, vad beträffar österrikisk rätt, exempelvis Koziol, H., och Welser, R., *Grundriss des bürgerlichen Rechts. Band I: Allgemeiner Teil – Sachenrecht – Familienrecht*, elfte upplagan, Manzsche Verlags- u. Universitätsbuchhandlung, Wien, 2000, s. 109 och följande sidor. Vad beträffar fransk rätt, se artikel 1101 i Code Civil, enligt vilken avtal är en överenskommelse genom vilken en eller flera personer åtar sig, gentemot en eller flera andra personer, att ge, göra eller avstå från att göra något. Vad beträffar italiensk rätt, se artikel 1321 i Codice civile, enligt vilken avtal är en överenskommelse mellan två eller flera parter om inrättande, reglering eller upphörande av ett rättsförhållande avseende egendom. I italiensk doktrin, se exempelvis Gazzoni, F., *Manuale di diritto privato*, tolfte upplagan, Edizioni Scientifiche Italiane, Neapel, 2006, s. 837 och följande sidor. Vad beträffar tysk rätt, se 145 § och följande paragrafer i Bürgerliches Gesetzbuch, där det framgår att avtal ingås genom samstämmiga viljeförklaringar, det vill säga anbud och accept. I doktrinen, se Larenz, K., och Wolf, M., *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*, nionde upplagan, Beck, München, 2004, s. 551, punkt 3. I slovensk rätt, se artikel 15 i Obligacijski zakonik, där det föreskrivs att avtal ingås när parterna kommer överens om de viktigaste delarna av avtalet. I doktrinen, se Kranjc. V., i Juhart, M., och Plavšak, N. (utgivare), *Obligacijski zakonik s komentarjem*, volym 1, GV založba, Ljubljana, 2003, kommentar till artikel 15, s. 207 och följande sidor. I spansk rätt, se artikel 1258 i Código Civil, enligt vilken det krävs en gemensam vilja mellan parterna för ingående av avtal. I doktrinen, se allmänt vad beträffar ingående av avtal enligt spansk rätt, Cossio y Corral, A., Cossío y Martínez, M., och León Alonso, J., *Instituciones de derecho civil*, Civitas, Madrid, 1988, s. 387 och följande sidor. Jag vill även tillägga att en gemensam vilja även krävs för ingående av avtal om gåva: för att ett sådant avtal ska ingås krävs att gåvotagaren accepterar gåvan. Se i det avseendet, i österrikisk doktrin, exempelvis Koziol, H., och Welser, R., *Grundriss des bürgerlichen Rechts. Band II. Schuldrecht Allgemeiner Teil, Schuldrecht Besonderer Teil, Erbrecht*, tolfte upplagan, Manzsche Verlags- u. Universitätsbuchhandlung, Wien, 2001, s. 178.

ingå ett bindande rättsförhållande eller att uppnå andra rättsverkningar ska bedömas utifrån partens uttalanden eller agerande, såsom dessa skäligen har uppfattats av den andra parten (artikel II.-4:102). [52] Denna ståndpunkt anges även i doktrinen. [53] Även ur ett komparativrättsligt perspektiv föreskrivs liknande bestämmelser i många medlemsstaters rättsordningar. [54]

52. Jag vill även påpeka att det, för ingående av avtal i den mening som avses i gemenskapsrätten, i princip inte uppställs några särskilda formkrav, såvida det inte specifikt föreskrivs för särskilda avtalstyper, som exempelvis konsumentkreditavtal [55] eller avtal om nyttjanderätt till fast egendom på tidsdelningsbasis. [56] *E contrario* gäller att om det i de bestämmelser som reglerar särskilda avtalstyper inte uppställs några särskilda formkrav, krävs inte någon särskild form för att avtal ska ha ingåtts på giltigt sätt. Att det i princip inte uppställs några särskilda formkrav för ingående av avtal framgår även av DCFR [57] och av doktrinen [58]. Även ur ett komparativrättsligt perspektiv ska det påpekas att det i många medlemsstaters rättsordningar i princip inte uppställs några särskilda formkrav för ingående av avtal, såvida det inte särskilt föreskrivs. [59]

52 — Artikel II.-4:102 DCFR (How intention is determined) har i originaltexten följande lydelse: "The intention of a party to enter into a binding legal relationship or bring about some other legal effect is to be determined from the party's statements or conduct as they were reasonably understood by the other party." I PECL, se artikel 2.102 (Intention).

53 — Se exempelvis Kötz, H., och Flessner, A., *European contract law. Vol. 1: Formation, Validity, and Content of Contracts; Contract and Third Parties*, Clarendon Press, Oxford, 1997, s. 19, där det påpekas att det är nödvändigt att bedöma hur mottagaren skäligen kan uppfatta anbudet.

54 — I engelsk rätt, se exempelvis målet Smith v. Hughes, (1871) L. R. 6 Q.B., s. 607. I österrikisk rätt, se 863 § Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch. I italiensk rätt, se artikel 1362 i Codice civile. I slovensk rätt föreskrivs inte några uttryckliga bestämmelser, se dock Kranjc, V., i Juhart, M., och Plavšak, N. (utgivare), *Obligacijski zakonik s komentarjem* (ovan fotnot 51), kommentar till artikel 15, s. 211.

55 — I artikel 10.1 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2008/48/EG av den 23 april 2008 om konsumentkreditavtal och om upphävande av rådets direktiv 87/102/EEG (EUT L 133, s. 66) föreskrivs följande: "Kreditavtal ska upprättas i pappersform eller på något annat varaktigt medium."

56 — I artikel 4 första strecksatsen i Europaparlamentets och rådets direktiv 94/47/EG av den 26 oktober 1994 om skydd för köparna vad avser vissa aspekter i avtal om nyttjanderätten till fast egendom på tidsdelningsbasis (EGT L 280, s. 83; svensk specialutgåva, område 13, volym 27, s. 40) föreskrivs att medlemsstaterna i sin lagstiftning ska säkerställa att "[a]vtalet, som skall vara skriftligt, skall minst innehålla de uppgifter som anges i bilagan" till direktivet.

57 — I artikel II.-1:107 första stycket DCFR (Form) föreskrivs följande: "A contract or other juridical act need not be concluded, made or evidenced in writing nor is it subject to any other requirement as to form." I PECL, se artikel 2:101 andra stycket (Conditions for the Conclusion of a Contract).

58 — I Riesenhuber, K., *System und Prinzipien des Europäischen Vertragsrechts* (ovan fotnot 50), s. 317, påpekas det att i avtalsrätten föreskrivs krav på att särskilda formkrav ska iakttas vid ingåendet av rättshandlingar i särskilda bestämmelser.

59 — Vad beträffar formkrav vill jag, ur ett komparativrättsligt perspektiv, endast nämna vissa medlemsstater, i vilka det enligt obligationsrätten i princip inte uppställs några särskilda formkrav för ingående av avtal eller endast uppställs formkrav i fråga om vissa avtalstyper. I österrikisk rätt, se 883 § Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch, av vilken det framgår att det inte uppställs några särskilda formkrav för ingående av avtal, utom i de fall som föreskrivs i lag. I italiensk rätt, se artikel 1350 i Codice civile, enligt vilken det krävs skriftlig form endast för vissa kategorier av avtal. I tysk rätt, se i tillämpliga delar 125 § Bürgerliches Gesetzbuch, av vilken det framgår att en rättshandling som har ingåtts utan att iakta det formkrav som föreskrivs i lag är ogiltig. I slovensk rätt, se artikel 51 i Obligacijski zakonik, vari det föreskrivs att det inte krävs någon särskild form för att ingå avtal, såvida inte annat föreskrivs i lag. I spansk rätt, se artikel 1278 i Código Civil, enligt vilken avtal är bindande om de uppfyller de väsentliga giltighetskraven, oavsett i vilken form avtalen har ingåtts.

53. För att avgöra huruvida ett avtal har ingåtts i ett visst fall är det inte heller nödvändigt att uttryckligen fastställa vilken typ av avtal det är fråga om. Avtal kan nämligen vara hänförliga till en viss avtalstyp – det vill säga höra till en viss typ av avtal som har en särskild beteckning [60] – eller vara atypiska (avtal *sui generis*) – det vill säga inte höra till en kategori som har en särskild beteckning. [61] Detta är även förenligt med civilrättens autonomi. [62]

54. I det avseendet ska det påpekas att de begrepp som används i förordning nr 44/2001 ska tolkas självständigt och med beaktande av förordningens systematik och syften, för att säkerställa att förordningen tillämpas enhetligt i samtliga [63] medlemsstater. [64] Vid tolkningen av förordning nr 44/2001 saknar det således betydelse hur talan om utbetalning av den utlovade vinsten rättsligt kvalificeras i nationell rätt. Trots detta vill jag – endast ur ett komparativrättsligt perspektiv – påpeka att det exempelvis i doktrinen och i österrikisk, tysk och fransk rättspraxis inte råder någon enig uppfattning om denna kvalificering.

55. I österrikisk doktrin hävdar vissa författare att ett avtal kan ingås på grundval av ett löfte om vinst eller att det intryck som löftet om vinst ger konsumenten ska betraktas som ett objektivt tillkännagivande på grundval av vilket ett avtal kan uppstå. [65] Även ståndpunkten att löftet om vinst och accepten av

60 — Exempelvis köpeavtal, låneavtal eller hyresavtal.

61 — Exempelvis innehåller även DCFR, i kapitel II (Contracts and other juridical acts), allmänna bestämmelser om avtal, och i kapitel IV (Specific contracts and the rights and obligations arising from them) finns bestämmelser om särskilda avtalstyper. Ur komparativrättslig synvinkel vill jag påpeka att det även i medlemsstaternas rättsordningar finns en skillnad mellan avtal som kan hänföras till en viss avtalstyp och avtal *sui generis*. Se exempelvis, i österrikisk rätt, Rummel, P., i Rummel, P., *Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch: mit EheG, KSchG, MRG, WGG, WEG 2002, BTVG, HeizKG, IPRG, EVÜ*, volym 1, Manzsche Verlags- u. Universitätsbuchhandlung, Wien, 2000, kommentar till 859 § Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch, punkt 21. I fransk rätt, se Antonmattei, P.-H., och Raynard, J., *Droit civil: Contrats spéciaux*, tredje upplagan, Litec, Paris, 2002, s. 3. I tysk rätt, se Kramer, E.A., i *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, femte upplagan, Beck, München, 2006, kommentar till 145 § 4. I slovensk rätt, se Cigoj, S., *Teorija obligacij. Splošni del obligacijskega prava*, Uradni list Republike Slovenije, Ljubljana, 2003, s. 100.

62 — Beträffande civilrättens autonomi, se i tysk doktrin, ur komparativrättslig synvinkel, Larenz, K., och Wolf, M., *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts* (ovan fotnot 51), s. 2, punkt 2. I österrikisk doktrin, se Koziol, H., och Welser, R., *Grundriss des bürgerlichen Rechts. Band I: Allgemeiner Teil – Sachenrecht – Familienrecht* (ovan fotnot 51), s. 84. I fransk doktrin, se Starck, B., Roland, H., och Boyer, L., *Droit civil. Les obligations. 2. Contrat*, sjätte upplagan, Litec, Paris, 1998, s. 4 och följande sidor.

63 — Som jag redan har påpekat i fotnot 6 ovan framgår det av skäl 21 i förordning nr 44/2001 att Danmark inte har deltagit i antagandet av nämnda förordning, som därför varken är bindande för eller tillämplig i Danmark. Av skäl 22 i förordning nr 44/2001 framgår att Brysselkonventionen fortsätter att vara tillämplig på förbindelserna mellan Danmark och de medlemsstater som är bundna av förordningen.

64 — Kravet på en självständig tolkning av begreppen i förordning nr 44/2001 kan utläsas analogt av rättspraxis avseende Brysselkonventionen, i vilken domstolen vid upprepade tillfällen har påpekat att de begrepp som används i konventionen ska tolkas självständigt, med beaktande av framför allt konventionens systematik och syften, för att säkerställa att konventionen tillämpas enhetligt i samtliga konventionsstater. Se, för ett liknande resonemang, dom av den 21 juni 1978 i mål 150/77, Bertrand (REG 1978, s. 1431), punkterna 14–16, av den 19 januari 1993 i mål C-89/91, Shearson Lehman Hutton (REG 1993, s. I-139), punkt 13, av den 3 juli 1997 i mål C-269/95, Benincasa (REG 1997, s. I-3767), punkt 12, av den 27 april 1999 i mål C-99/96, Mietz (REG 1999, s. I-2277), punkt 26, och domarna i målen Gabriel (ovan fotnot 4), punkt 37, och Engler (ovan fotnot 4), punkt 33. I doktrinen, se Schmidt-Kessel, M., "Europäisches Vertragsrecht", i Riesenhuber, K. (utgivare), *Europäische Methodenlehre. Handbuch für Ausbildung und Praxis*, de Gruyter Recht, Berlin, 2006, s. 395, punkt 11, vari det påpekas att bestämmelserna och begreppen i europeisk avtalsrätt ska tolkas självständigt och inte utifrån de nationella rättsordningarna.

65 — Krejci, H., i Rummel, P., *Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch: mit EheG, KSchG, MRG, WGG, WEG 2002, BTVG, HeizKG, IPRG, EVÜ*, volym 2, Manzsche Verlags- u. Universitätsbuchhandlung, Wien, 2002, kommentar till 5j § KSchG, s. 254, punkt 8.

detta *i sig* – oberoende av en varubeställning – utgör ett avtal ligger i linje med detta. [66] Andra författare hävdar att talan om utbetalning av den utlovade vinsten utgör en talan om skadestånd på grund av oaktsamhet vid ingående av avtal (*culpa in contrahendo*). [67] Vissa österrikiska författare har definierat den som en talan *sui generis*. [68] I doktrinen har det även hävdats att det är fråga om en talan som avser ett liknande rättsinstitut som erbjudanden till allmänheten. [69]

56. Jag vill påpeka att även i den tyska lagstiftningen finns en liknande bestämmelse som 5j § i den österrikiska konsumentskyddslagen, nämligen i 661a § i den tyska civillagen (Bürgerliches Gesetzbuch). [70] Även i tysk doktrin har det framförts olika ståndpunkter beträffande den rättsliga kvalificeringen av talan om utbetalning av den utlovade vinsten. I Tyskland hävdar exempelvis vissa författare att det är fråga om en talan som avser en ensidig rättshandling, [71] medan andra författare anser att det är fråga om en subjektiv rättslig ställning som följer av ett rättsförhållande av obligationsrättslig karaktär som föreskrivs i lag (*gesetzliches Schuldverhältnis*). [72] Som en av de möjliga rättsliga kvalificeringarna anges även talan grundad på *culpa in contrahendo* [73] eller på grundval av ett liknande institut som erbjudanden till allmänheten. [74]

66 — Klauser, A, ”Gewinnzusagen sind einzuhalten!”, *ecolex*, 2002, s. 574 och följande sidor. I det avseende ska det påpekas att före publiceringen av denna artikel intog Klauser en annan ståndpunkt: se Klauser, A., ”Der Anspruch nach § 5j KSchG in dogmatischer und kollisionsrechtlicher Hinsicht”, *ecolex*, 1999, s. 752 och följande sidor.

67 — Denna ståndpunkt görs gällande av Klauser, A., ”Der Anspruch nach § 5j KSchG in dogmatischer und kollisionsrechtlicher Hinsicht” (ovan fotnot 66), s. 752 och följande sidor. Wukoschitz, M., delar denna ståndpunkt i ”Grenzüberschreitende Gewinnzusagen – Was der Generalanwalt wirklich sagte... Replik zu Klauser in ecolex 2002, 80”, *ecolex*, 2002, s. 423 och följande sidor. För definitionen av *culpa in contrahendo* i österrikisk rätt, se exempelvis Koziol, H., och Welser, R., *Grundriss des bürgerlichen Rechts. Band I: Allgemeiner Teil – Sachenrecht – Familienrecht* (ovan fotnot 51), s. 29. Författarna hävdar bland annat att den part som ingår ett avtal är skyldig att informera motparten om framför allt de omständigheter som kan utgöra hinder för ett giltigt ingående av avtalet. Den som åsidosätter denna skyldighet *(culpa in contrahendo)* ska utge ersättning till motparten.

68 — Fenyves, A., ”Zur Deckung von Ansprüchen nach § 5j KSchG in der Rechtsschutzversicherung”, *Verbraucherrecht*, 2003, s. 89 och följande sidor; Matt, A., ”Noch einmal § 5j KSchG”, *ecolex*, 2000, s. 494.

69 — Klauser, A., ”Der Anspruch nach § 5j KSchG in dogmatischer und kollisionsrechtlicher Hinsicht” (ovan fotnot 66), s. 752 och följande sidor. Det ska dock påpekas att ett erbjudande till allmänheten riktar sig till ett obestämt antal personer, medan löftet om vinst i förevarande fall riktar sig till en viss namngiven konsument. Vad gäller erbjudanden till allmänheten, se i österrikisk doktrin Rummel, P., i Rummel, P., *Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch: mit EheG, KSchG, MRG, WGG, WEG 2000, BTVG, HeizKG, IPRG, EVÜ*, volym 1, Manzsche Verlags- u. Universitätsbuchhandlung, Wien, 2002, kommentar till 860 § Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch.

70 — I 661a § i den tyska civillagen föreskrivs följande: ”En näringsidkare som sänder meddelanden om lotterivinster eller andra liknande meddelanden till en konsument och som, genom det sätt på vilket meddelandena har utformats, ger konsumenten intrycket att han vunnit ett pris, ska utge detta pris till konsumenten.” I den tyska originaltexten har bestämmelsen följande lydelse: ”Ein Unternehmer, der Gewinnzusagen oder vergleichbare Mitteilungen an Verbraucher sendet und durch die Gestaltung dieser Zusendungen den Eindruck erweckt, dass der Verbraucher einen Preis gewonnen hat, hat dem Verbraucher diesen Preis zu leisten.”

71 — Lorenz, S., ”Internationale Zuständigkeit deutscher Gerichte und Anwendbarkeit von § 661a BGB bei Gewinnmitteilungen aus dem Ausland: Erweiterungen des Verbraucher-gerichtsstands durch die 'Brüssel I-Verordnung' (zu LG Braunschweig, 10.1.2002 – 10 O 2753/00)”, *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, nr 3/2002, s. 193.

72 — Exempelvis Schulze, R., i Schulze, R., Dörner, H., och Ebert, I. (utgivare), *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, femte upplagan, Nomos, Baden-Baden, 2007, kommentar till 661a § punkt 1; Mansel, P., i Jauering, O., *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, tolfte upplagan, Beck, München, 2007, kommentar till 661a § punkt 2.

73 — Landgericht Braunschweigs dom av den 10 januari 2002, *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, nr 3/2002, s. 213, nämns ofta som ett exempel på när ett löfte om vinst kvalificeras som *culpa in contrahendo*. För en kommentar till domen, se Lorenz, S., ”Internationale Zuständigkeit deutscher Gerichte und Anwendbarkeit von § 661a BGB bei Gewinnmitteilungen aus dem Ausland: Erweiterungen des Verbraucher-gerichtsstands durch die 'Brüssel I-Verordnung' (zu LG Braunschweig, 10.1.2002 – 10 O 2753/00)” (ovan fotnot 71), s. 192.

74 — Kotzian-Marggraf, K., i Bamberger, H.G., och Roth, H., *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (Beck'scher Online-Kommentar)*, nionde upplagan, Beck, München, 2007, kommentar till 661a § punkt 1.

57. I fransk rättspraxis har sådana löften om vinst i stället hänförts till kategorin ”kvasi-kontrakt”. [75]

58. För att besvara den första tolkningsfrågan är det således av största vikt att fastställa huruvida det i målet vid den nationella domstolen har ingåtts ett avtal mellan Renate Ilsinger och Schlank & Schick.

3. Den faktiska förekomsten av ett konsumentavtal i målet vid den nationella domstolen

59. För att bedöma huruvida ett avtal har ingåtts i målet vid den nationella domstolen uppkommer först och främst frågan huruvida parterna, genom ett anbud och en accept, har haft en gemensam vilja att ingå avtal. I det avseendet ska det först undersökas huruvida löftet om vinst kan uppfattas som ett anbud riktat till konsumenten. Som klargjorts ovan ska frågan huruvida ett anbud har lämnats bedömas ur anbudsmottagarens synvinkel.

60. Enligt min mening kan frågan huruvida det löfte om vinst som riktats till konsumenten utgör ett anbud inte besvaras på ett allmängiltigt sätt. Det är nödvändigt att i varje enskilt fall undersöka hur en genomsnittskonsument har uppfattat säljarens löfte om vinst och huruvida det ur konsumentens synvinkel kan anses att säljaren har lämnat ett anbud, genom att lova konsumenten en vinst. Den nationella domstolen ska göra denna konkreta bedömning från fall till fall. I ett mål om förhandsavgörande, vilket grundar sig på en tydlig funktionsfördelning mellan de nationella domstolarna och EG-domstolen, är det nämligen den nationella domstolen som ska bedöma omständigheterna i målet. [76]

61. Vid sin bedömning ska den nationella domstolen således ta i beaktande huruvida det uppställdes villkor för anbudet – exempelvis

75 — I doktrinen, se Reifegerste, S., ”Fondement de la responsabilité des sociétés organisatrices de loteries publicitaires”, *La Semaine Juridique (Édition Générale)*, nr 46/2002, s. 2023; Fages, B., ”L’annonce d’un gain à des fins publicitaires (comparaison franco-allemande sur fond de jurisprudence européenne)”, i Coester, M., Martiny, D., och Prinz von Sachsen Gessaphe, K.A. (utgivare), *Privatrecht in Europa. Vielfalt, Kollision, Kooperation. Festschrift für Hans Jürgen Sonnenberger zum 70. Geburtstag*, Beck, München, 2004, s. 230 och följande sidor; Dutoit, B., ”Le consommateur face aux promesses de gain non tenues: quel tribunal est compétent?: à propos des arrêts Gabriel et Engler de la Cour de justice des communautés européennes”, i *Études sur le droit de la concurrence et quelques thèmes fondamentaux: mélanges en l’honneur d’Yves Serra*, Dalloz, Paris, 2006, s. 154; Berrebi, J., ”ECJ judgment C-27/02, 20 January 2005, Engler v. Janus Versand GmbH – Entitlement of a consumer to whom misleading advertising has been sent to seek payment, in judicial proceedings, of the prize which he has ostensibly won (French case note)”, *European Review of Private Law*, nr 1/2006, s. 138 och följande sidor.

76 — Se, för ett liknande resonemang, dom av den 8 mars 2001 i mål C-405/98, Gourmet International Products (REG 2001, s. I-1795), punkt 33, av den 25 februari 2003 i mål C-326/00, IKA (REG 2003, s. I-1703), punkt 27, av den 11 mars 2004 i mål C-9/02, Lasteyrie du Saillant (REG 2004, s. I-2409), punkt 41, av den 26 maj 2005 i mål C-20/03, Burmanjer m.fl. (REG 2005, s. I-4133), punkterna 31 och 32, av den 23 februari 2006 i mål C-441/04, A-Punkt Schmuckhandels (REG 2006, s. I-2093), punkt 25, och av den 28 september 2006 i mål C-434/04, Ahokainen och Leppik (REG 2006, s. I-9171), punkt 37.

en skyldighet för mottagaren av anbudet att ingå ett annat avtal eller att inneha ett identifikationsnummer som ger rätt till vinsten – och huruvida detta villkor var uppfyllt.

62. Om den nationella domstolen i det konkreta fallet konstaterar att konsumenten har fått ett anbud, ska den även bedöma huruvida konsumenten har accepterat anbudet. I det avseendet ska den beakta att konsumenten måste ha accepterat anbudet på ett klart och tydligt sätt, exempelvis genom att till den säljare som skickat löftet om vinst sända den nödvändiga bekräftelsen på begäran om utbetalning av vinsten, efter att ha klistrat fast kupongen med identifikationsnumret på denna.

63. Den nationella domstolen ska följaktligen i varje enskilt fall fastställa huruvida ett anbud har lämnats och huruvida anbudet har accepterats av konsumenten, vilket har lett till en gemensam vilja, med följden att avtal har ingåtts. Den nationella domstolen ska även beakta att det inte uppställs några särskilda formkrav för ingåendet av ett sådant avtal och att avtalet även kan höra till kategorin avtal *sui generis*.

4. Kravet på en hög konsumentskyddsnivå

64. Efter att ha konstaterat att det löfte om vinst som en konsument har getts kan leda till ingående av ett avtal och följaktligen till att domstolen i den medlemsstat där konsumenten har hemvist ska anses behörig, vill jag påpeka att denna ståndpunkt även stöds av kravet på en hög skyddsnivå för konsumenten, i egenskap av den svagare parten i konsumentavtal.

65. I rättspraxis har det påpekats att syftet med specialbestämmelserna om behörighet vid konsumenttvister är att ”skydda konsumenten i egenskap av den part som anses vara ekonomiskt svagare och mindre erfaren i rättsliga frågor än den andra avtalsparten [som] därför inte skall avskräckas från att väcka talan genom att tvingas väcka denna talan vid domstol i den konventionsstat där den andra avtalsparten har sitt hemvist” [77]. Syftet med specialbestämmelserna rörande

77 — Se analogt, beträffande Brysselkonventionen, domen i målet Shearson Lehman Hutton (ovan fotnot 64), punkt 18; se även punkt 28 i generaladvokaten Jacobs förslag till avgörande av den 8 juli 2004 i målet Engler (ovan fotnot 4).

konsumentavtal är att undanröja de svårigheter som en konsument kan stöta på i en tvist som avser ett konsumentavtal, om han tvingas väcka talan i en annan stat. [78]

66. Vad gäller innehållet är de bestämmelser om behörighet vid konsumenttvister som föreskrivs i förordning nr 44/2001 mycket vidare formulerade än bestämmelserna i Brysselkonventionen, så att även omfattningen av konsumentskyddet därigenom har utvidgats. Utvidgningen av det materiella tillämpningsområdet för bestämmelserna rörande konsumentavtal är ett allmänt uttryck för gemenskapens inriktning på att förbättra konsumentskyddet. Kravet på en hög konsumentskyddsnivå framgår exempelvis även av grönboken om översynen av konsumentregelverket. [79] I grönboken framhåller kommissionen att ”[s]yftet är... att stärka konsumenternas förtroende för den inre marknaden genom att garantera dem ett gott skydd i hela EU” [80]. Även bestämmelserna i den materiella gemenskapsrätten är inriktade på en högre konsumentskyddsnivå, vilket exempelvis antagandet av direktiv 2005/29/EG om otillbörliga affärsmetoder [81] visar. Även av den nyligen antagna förordningen nr 593/2008 om tillämplig lag för avtalsförpliktelser (Rom I) framgår kravet på en hög konsumentskyddsnivå. [82]

67. Mot bakgrund av det ovan anförda går det inte att godta det argument som företrädaren för Schlank & Schicks konkursförvaltare åberopade vid förhandlingen, enligt vilket konsumentskyddet inte är motiverat om konsumenten inte har åtagit sig någon skyldighet inom ramen för konsumentavtalet. Syftet med bestämmelserna om konsumentskydd är inte att ge konsumenten skydd endast i de fall då denne har åtagit sig skyldigheter genom avtal, utan att hindra att konsumenten vilseleds även när det har ingåtts ett avtal som innebär skyldigheter

78 — Se analogt, beträffande Brysselkonventionen, generaladvokaten Jacobs förslag till avgörande i målet Engler (ovan fotnot 77), punkt 29.

79 — Grönbok om översynen av konsumentregelverket (framlagd av Europeiska kommissionen) (KOM(2006) 744 slutlig). Även vid utarbetandet av en gemensam referensram kommer kommissionen att prioritera de frågor som rör konsumentavtal i syfte att därigenom samtidigt bidra till översynen av gemenskapens konsumentregelverk. Se kommissionens andra lägesrapport om den gemensamma referensramen (KOM(2007) 447 slutlig).

80 — Grönbok om översynen av konsumentregelverket (ovan fotnot 79), s. 4.

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

82 — I artikel 6.1 i Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 593/2008 av den 17 juni 2008 om tillämplig lag för avtalsförpliktelser (Rom I) (EUT L 177, s. 6) föreskrivs att konsumentavtal ”ska... vara underkastade lagen i det land där konsumenten har sin vanliga vistelseort, under förutsättning att näringsidkaren a) bedriver sin affärsverksamhet eller yrkesverksamhet i det land där konsumenten har sin vanliga vistelseort, eller b) på något sätt riktar sådan verksamhet till det landet eller till flera länder, inbegripet det landet, och avtalet faller inom ramen för sådan verksamhet”. Enligt artikel 6.2 i samma förordning kan parterna välja tillämplig lag, men ett sådant val ”får... inte medföra att konsumenten berövas det skydd som tillförsäkras konsumenten genom sådana bestämmelser som inte kan avtalas bort enligt den lag som, om inget lagval gjorts, skulle ha varit tillämplig enligt punkt 1”. Enligt artikel 29 kommer förordningen att träda i kraft den 17 december 2009.

enbart för den ena parten. Genom vilseledande löften om vinst vilseleds konsumenten och därigenom påverkas konsumentens ekonomiska beteende. Det är även möjligt att konsumenten åsamkas skada till följd av löftet om vinst, om konsumenten i god tro anser att han vunnit en vinst och gör av med det penningbelopp som han förefaller ha vunnit eller om konsumenten, under påverkan av den vinst som han förefaller ha vunnit, fattar ekonomiska beslut som är till nackdel för honom.

68. Det ska även beaktas att konsumenten, genom tillerkännandet av möjligheten att väcka talan vid domstol på den ort där denne har hemvist, inte garanteras att domstolen kommer att fatta ett avgörande som är gynnande för honom även i sak och att motparten kommer att förpliktas att betala ut den vinst som talan avser, utan konsumenten tillerkänns endast ett skydd i processuellt hänseende. Konsumenten skulle ha ett motsvarande processuellt skydd om denne exempelvis, enligt ett avtal om köp av en vara, åtog sig det ekonomiska ansvaret att betala ett minimibelopp. Med beaktande av att konsumenten, vid vilseledande löften om vinst som utgör otillbörliga affärsmetoder, även åtnjuter skydd i materiellt hänseende enligt direktiv 2005/29/EG om otillbörliga affärsmetoder, [83] är det rimligt att konsumenten i det avseendet även åtnjuter ett processuellt skydd, naturligtvis på villkor att det har ingåtts ett avtal i det konkreta fallet.

83 — Direktiv 2005/29/EG om otillbörliga affärsmetoder (ovan fotnot 81) omfattar även, enligt punkt 31 i bilaga I med rubriken ”Affärsmetoder som under alla omständigheter är otillbörliga”, beteenden som innebär att man ”[o]riktigt skapa[r] intryck av att konsumenten redan har vunnit eller kommer att vinna ett pris eller annan motsvarande förmån, eventuellt efter att först ha utfört en särskild handling, när det i själva verket inte finns något pris eller någon annan motsvarande förmån, eller när möjligheten att göra anspråk på priset eller en annan motsvarande förmån är beroende av att konsumenten betalar pengar eller ådrar sig en kostnad”. Enligt artikel 5.1 i direktivet ska otillbörliga affärsmetoder vara förbjudna.

5. Svaret på den första tolkningsfrågan

69. Av de ovan anförda argumenten följer att konsumentens talan om utbetalning av en vinst som denne förefaller ha vunnit kan utgöra en talan som avser ett avtal i den mening som avses i artikel 15.1 c i förordning nr 44/2001, om den nationella domstolen, på grundval av samtliga omständigheter i det enskilda fallet, konstaterar att ett avtal har ingåtts i målet vid den nationella domstolen.

70. Följaktligen ska den första tolkningsfrågan besvaras enligt följande. Artikel 15.1 c i rådets förordning (EG) nr 44/2001 av den 22 december 2000 om domstols behörighet och om erkännande och verkställighet av domar på privaträttens område ska tolkas så, att en talan i enlighet med lagstiftningen i den medlemsstat där konsumenten har hemvist, genom vilken konsumenten har rätt att kräva att en näringsidkare med säte i en annan medlemsstat ska betala ut en vinst som konsumenten förefaller ha vunnit, när näringsidkaren har sänt ett meddelande om lotterivinst till vissa konsumenter, vilket är utformat på sådant sätt att det ger intryck av att mottagaren har vunnit ett bestämt pris, utan att vinstutbetalningen är beroende av en varubeställning eller ens av en provbeställning

och någon beställning inte heller har gjorts, men mottagaren av meddelandet likväl har begärt att vinsten ska utbetalas, kan utgöra en talan som avser ett avtal i den mening som avses i artikel 15.1 c i förordning nr 44/2001 om det i målet vid den nationella domstolen har ingåtts ett konsumentavtal i den mening som avses i nämnda bestämmelse. Det ankommer på den nationella domstolen att bedöma huruvida ett konsumentavtal i den mening som avses i nämnda bestämmelse har ingåtts i målet vid den nationella domstolen.

C — *Prövning av den andra tolkningsfrågan*

71. Den nationella domstolen har ställt den andra tolkningsfrågan endast i andra hand, för det fall den första frågan besvaras nekande. Genom den andra frågan vill den nationella domstolen få klarhet i huruvida konsumentens talan om utbetalning av en vinst som konsumenten förefaller ha vunnit utgör en talan som avser ett avtal i den mening som avses i artikel 15.1 c i förordning nr 44/2001 när vinstutbetalningen inte har gjorts beroende av en varubeställning, men varor likväl har beställts av den konsument till vilken meddelandet skickades. Det är således fråga om att fastställa huruvida samma domstol som är behörig att pröva tvister som avser avtal om leverans av varor även är behörig att pröva talan som avser utbetalning av vinsten.

72. Med hänsyn till att svaret på den första tolkningsfrågan är avhängigt den nationella domstolens slutgiltiga bedömning, kommer jag nedan att göra en analys som den nationella domstolen ska beakta för det fall den besvarar den första frågan nekande.

73. Vad beträffar den andra frågan ska det påpekas att domstolen, redan med avseende på Brysselkonventionen, i domen i målet Gabriel [84] påpekade att när konsumenten har beställt varor från säljaren, är konsumenten och säljaren knutna till varandra genom avtal, eftersom konsumenten, genom att beställa varor, har accepterat det anbud som säljaren skickat till denne och samtliga uppställda villkor. [85] Denna viljeöverensstämmelse mellan de två parterna har gett upphov till ömsesidiga och av varandra beroende skyldigheter inom ramen för ett avtal om köp av varor. [86]

74. Även i förevarande fall har det – om konsumenten har beställt varor – ingåtts ett avtal om köp av varor, vilket utan tvekan

84 — Domen i målet Gabriel (ovan fotnot 4).
85 — Domen i målet Gabriel (ovan fotnot 4), punkt 48.
86 — Domen i målet Gabriel (ovan fotnot 4), punkt 49.

omfattas av artikel 15.1 c i förordning nr 44/2001, eftersom villkoren för ingående av ett avtal är uppfyllda. Domstols behörighet att pröva tvister som avser ett avtal om köp av varor ska följaktligen fastställas på grundval av bestämmelserna i förordning nr 44/2001 om konsumentavtal. Den andra frågan i förevarande förfarande syftar dock till att fastställa huruvida även behörigheten att pröva talan som avser utbetalning av vinsten ska fastställas på grundval av samma bestämmelser, när konsumenten även har skickat en varubeställning till säljaren, tillsammans med bekräftelsen på begäran om utbetalning av vinsten på vilken konsumenten har klistrat fast kupongen med identifikationsnumret.

75. I domen i målet Gabriel påpekade domstolen, med avseende på Brysselkonventionen, att när konsumenten har beställt varor av säljaren ska även behörigheten att pröva den talan som konsumenten väcker för att få utbetalt den utlovade vinsten fastställas på grundval av de bestämmelser som avser konsumentavtal. [87] Som motivering angav domstolen att konsumentens talerätt i syfte att få vinsten utbetald är nära knuten till det avtal som ingåtts mellan denne och säljaren, eftersom även löftet om vinst har ett oupplösligt samband med varubeställningen, vilken utgör ett villkor för att vinsten ska utbetalas. [88] Domstolen framhöll därefter att konsumenten hade beställt varorna huvudsakligen eller uteslutande på grund av de ekonomiska fördelar som han hade utlovats, vars värde betydligt översteg värdet av den erforderliga beställningen. [89]

76. Den faktiska situationen i målet Gabriel var dock en annan än den som föreligger i förevarande mål. I målet Gabriel hade det bolag som utlovat vinsten uppställt som krav för utbetalningen att konsumenten först beställt varor. I förevarande fall utgjorde däremot en varubeställning inte ett föregående krav för en sådan utbetalning. Trots detta anser jag att denna situation ska behandlas på liknande sätt som den situation då utbetalningen av vinsten var villkorad av en varubeställning, och behörigheten att pröva den talan som syftar till att få vinsten utbetald ska fastställas på grundval av samma bestämmelser som är tillämpliga på tvister som avser avtal om leverans av varor.

77. Även om varubeställningen inte utgör ett villkor för rätten till utbetalning av vinsten, har beställningen ett nära samband med löftet om vinst. Av det skälet har även konsumentens talan i syfte att få vinsten utbetald ett nära samband med avtalet om leverans av varor.

87 — Domen i målet Gabriel (ovan fotnot 4), punkt 53.
88 — Domen i målet Gabriel (ovan fotnot 4), punkt 54.
89 — Ibidem.

Som den nationella domstolen har påpekat i beslutet om hänskjutande är Schlank & Schicks syfte att, genom löftet om vinst, locka konsumenterna att ingå avtal om leverans av varor. Syftet med löftet om vinst är att fånga konsumentens uppmärksamhet och påverka dennes beslut att beställa varor och – som den slovenska regeringen med rätta har påpekat – därigenom stärka den fördelaktiga ställning som det bolag som gett löftet har i förhållande till andra leverantörer av samma typ av varor.

78. Genom att utlova en vinst i pengar kan säljaren utan tvekan utöva ett stort inflytande över konsumentens beslut att eventuellt beställa varor, även om utbetalningen av vinsten inte tycks vara beroende av en sådan beställning. Det är möjligt att det i löftet om vinst inte anges tillräckligt tydligt att den utlovade vinstutbetalningen inte är beroende av en beställning, och det kan komma att påverka konsumentens beslut att göra en beställning eller ej. Det är möjligt att konsumenten felaktigt anser att en varubeställning kommer att garantera honom betalning av vinsten och det är även möjligt att konsumenten, med hänsyn till vinstens höga belopp, moraliskt sett känner sig tvungen att beställa varor. Om den utlovade vinstutbetalningen inte är beroende av en varubeställning är konsumenten inte heller skyldig att beställa varor till ett lägsta belopp, utan denne kan beställa varor till ett valfritt belopp, vilket i ännu större utsträckning kan locka konsumenten att göra en beställning. Eftersom ingåendet av ett avtal om leverans av en vara således har ett mycket nära samband med löftet om vinst, är det lämpligt att samma domstol avgör de tvister som avser båda typer av rättsförhållanden.

79. Vidare har domstolen i sin rättspraxis vid upprepade tillfällen påpekat att det är nödvändigt att i möjligaste mån undvika en ökning av antalet behöriga domstolar avseende samma avtal, i syfte att förebygga risken för motstridiga beslut och underlätta erkännande och verkställighet av domstolsavgöranden i andra medlemsstater. [90]

80. Följaktligen ska den andra tolkningsfrågan besvaras enligt följande. En talan enligt vilken en konsument har rätt att av en näringsidkare kräva betalning av en vinst som konsumenten förefaller ha vunnit utgör en talan som avser ett avtal i den mening som avses i artikel 15.1 c i förordning nr 44/2001 när vinstutbetalningen inte har gjorts beroende av en varubeställning, men en beställning likväl har gjorts av den konsument till vilken vinstmeddelandet skickades.

90 — Med avseende på förordning nr 44/2001, se domen i målet Gabriel (ovan fotnot 4), punkt 57. Se analogt, med avseende på Brysselkonventionen, dom av den 6 oktober 1976 i mål 14/76, De Bloos (REG 1976, s. 1497; svensk specialutgåva, volym 3, s. 187), punkt 9, av den 15 januari 1987 i mål 266/85, Shenavai (REG 1987, s. 239; svensk specialutgåva, volym 9, s. 1), punkt 8, av den 13 juli 1993 i mål C-125/92, Mulox IBC (REG 1993, s. I-4075; svensk specialutgåva, volym 14, s. I-285), punkt 21, av den 9 januari 1997 i mål C-383/95, Rutten (REG 1997, s. I-57), punkt 18, av den 5 oktober 1999 i mål C-420/97, Leathertex (REG 1999, s. I-6747), punkt 31, och domen i målet Besix (ovan fotot 10), punkt 27.

VII — Förslag till avgörande

81. Mot bakgrund av det ovan anförda föreslår jag att domstolen ska besvara de frågor som Oberlandesgericht Wien har ställt enligt följande:

1) Artikel 15.1 c i rådets förordning (EG) nr 44/2001 av den 22 december 2000 om domstols behörighet och om erkännande och verkställighet av domar på privaträttens område ska tolkas så, att en talan i enlighet med lagstiftningen i den medlemsstat där konsumenten har hemvist, genom vilken konsumenten har rätt att kräva att en näringsidkare med säte i en annan medlemsstat ska betala ut en vinst som konsumenten förefaller ha vunnit, när näringsidkaren har sänt ett meddelande om lotterivinst till vissa konsumenter, vilket är utformat på sådant sätt att det ger intryck av att mottagaren har vunnit ett bestämt pris, utan att vinstutbetalningen är beroende av en varubeställning eller ens av en provbeställning och någon beställning inte heller har gjorts, men mottagaren av meddelandet likväl har begärt att vinsten ska utbetalas, kan utgöra en talan som avser ett avtal i den mening som avses i artikel 15.1 c i förordning nr 44/2001, om det i målet vid den nationella domstolen har ingåtts ett konsumentavtal i den mening som avses i nämnda bestämmelse. Det ankommer på den nationella domstolen att bedöma huruvida ett konsumentavtal i den mening som avses i nämnda bestämmelse har ingåtts i målet vid den nationella domstolen.

2) En talan enligt vilken en konsument har rätt att av en näringsidkare kräva betalning av en vinst som konsumenten förefaller ha vunnit utgör en talan som avser ett avtal i den mening som avses i artikel 15.1 c i förordning nr 44/2001 när vinstutbetalningen inte har gjorts beroende av en varubeställning, men en beställning likväl har gjorts av den konsument till vilken vinstmeddelandet skickades.