FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT J. MAZÁK fremsat den 18. maj 2010[1]

I — Indledning

1. Ved afgørelse af 14. januar 2009, som indgik til Domstolen den 16. februar 2009, forelagde Bundesgerichtshof (Tyskland) en anmodning om præjudiciel afgørelse i henhold til artikel 234 EF vedrørende fortolkningen af artikel 3 i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 1999/44/EF af 25. maj 1999 om visse aspekter af forbrugerkøb og garantier i forbindelse hermed (herefter »direktivet«)[2].

2. Anmodningen er blevet fremsat i forbindelse med en tvist mellem Gebr. Weber GmbH (herefter »Weber«), som er en virksomhed, der driver et byggemarked, og en af Webers kunder, Jürgen Wittmer, som havde fået leveret mangelfulde gulvfliser fra denne virksomhed.

3. Med de forelagte spørgsmål ønsker den nationale ret nærmere bestemt oplyst, om sælgeren af mangelfulde varer i henhold til direktivet kan afvise den af forbrugeren krævede afhjælpning, såsom omlevering af mangelfulde varer i sager, hvor afhjælpningen, som i den foreliggende sag, vil påføre sælgeren uforholdsmæssigt høje omkostninger, og i modsat fald, om sælgeren skal bære omkostningerne i forbindelse med fjernelse af de mangelfulde varer fra en genstand, hvori forbrugeren har indarbejdet dem.

4. De fremlagte spørgsmål i den foreliggende sag er meget lig dem i sag C-87/09[3], i hvilken jeg også fremsætter mit forslag til afgørelse i dag.

II — Retsforskrifter

A — *Fællesskabsbestemmelser*

5. Direktivet blev udstedt med hjemmel i artikel 95 EF. Det fremgår af første betragtning hertil, at Det Europæiske Fællesskab efter artikel 153, stk. 1 og 3, EF skal bidrage til

1 — Originalsprog: engelsk.
2 — EFT L 171, s. 12.
3 — Ingrid Putz-sagen, der verserer for Domstolen.

virkeliggørelsen af et højt forbrugerbeskyttelsesniveau ved foranstaltninger, som det vedtager i henhold til artikel 95 EF.

6. Af tiende betragtning til direktivet fremgår, at forbrugeren »i tilfælde af manglende overensstemmelse med aftalen bør […] have ret til gratis afhjælpning eller omlevering eller i mangel heraf til afslag i prisen eller til at hæve købet«.

7. 11. betragtning til direktivet lyder som følger:

»[F]orbrugeren kan i første omgang kræve, at sælgeren afhjælper den manglende overensstemmelse eller omleverer, medmindre dette vil være umuligt eller uforholdsmæssigt; hvorvidt denne beføjelse er uforholdsmæssig, bør afgøres objektivt; en beføjelse anses for uforholdsmæssig, hvis den vil påføre sælgeren omkostninger, der i forhold til omkostningerne ved en alternativ beføjelse er urimelige; omkostninger er urimelige, hvis de er væsentligt højere end omkostningerne ved en anden beføjelse.«

8. Direktivets artikel 3, med overskriften »Forbrugerens rettigheder«, bestemmer:

»1. Sælgeren skal over for forbrugeren være ansvarlig for manglende overensstemmelse med købsaftalen, der foreligger ved forbrugsvarens levering.

2. I tilfælde af manglende overensstemmelse har forbrugeren ret til at få forbrugsvaren bragt i overensstemmelse med købsaftalen ved gratis afhjælpning eller omlevering i overensstemmelse med stk. 3 eller til et passende afslag i prisen, eller til at hæve købet med hensyn til de leverede varer, jf. stk. 5 og 6.

3. I første omgang kan forbrugeren kræve, at sælgeren afhjælper den manglende overensstemmelse eller omleverer, i begge tilfælde uden vederlag, medmindre dette ikke er muligt eller er uforholdsmæssigt.

Et krav om afhjælpning eller omlevering anses for uforholdsmæssigt, hvis den pågældende beføjelse vil påføre sælgeren omkostninger, der i forhold til omkostningerne ved den alternative beføjelse er urimelige […].

Afhjælpning eller omlevering skal ske inden for rimelig tid og uden væsentlig ulempe for forbrugeren under hensyntagen til varens art og forbrugerens formål med at anskaffe varen.

4. Udtrykkene »gratis/uden vederlag« i stk. 2 og 3 henviser til de omkostninger, der er nødvendige for at bringe varen i overensstemmelse, navnlig forsendelsesomkostninger, arbejdsløn og materialeomkostninger.

5. Forbrugeren kan kræve et passende afslag i prisen eller hæve købet:

— hvis han hverken er berettiget til at kræve afhjælpning eller omlevering,

eller

— hvis sælgeren ikke har afhjulpet inden for en rimelig tid,

eller

— hvis sælgeren ikke har afhjulpet uden væsentlig ulempe for forbrugeren.

[…]«

9. Direktivets artikel 8, med overskriften »National ret og mindstebeskyttelse«, bestemmer:

»1. Udøvelsen af rettighederne efter dette direktiv berører ikke udøvelsen af andre rettigheder, som forbrugeren kan påberåbe sig efter nationale retsregler om ansvar i og uden for kontraktforhold.

2. Medlemsstaterne kan på det af dette direktiv omfattede område vedtage eller opretholde strengere bestemmelser, der er forenelige med traktaten, for at sikre forbrugerne et højere beskyttelsesniveau.«

B — *National ret*

10. I tilfælde af mangelfulde varer giver § 437 i den tyske civilret (Bürgerliches Gesetzbuch, herefter »BGB«) køberen følgende rettigheder:

»Er varen mangelfuld, kan køber, hvis betingelserne i de følgende bestemmelser er opfyldt, og for så vidt andet ikke er bestemt:

1. kræve efterfølgende opfyldelse i overensstemmelse med § 439

2. hæve aftalen […] eller kræve et afslag i købesummen i overensstemmelse med § 441

3. kræve skadeserstatning […] eller dækning af forgæves afholdte omkostninger […]«

11. BGB's § 439, der har overskriften »Efterfølgende opfyldelse«, ved hvilken direktivets artikel 3 blev gennemført i tysk ret, bestemmer:

»1. Køber kan som efterfølgende opfyldelse efter eget valg kræve afhjælpning af manglen eller levering af en mangelfri salgsgenstand.

2. Sælgeren bærer de nødvendige omkostninger til den efterfølgende opfyldelse, herunder transport-, forsendelses-, arbejds- og materialeudgifter.

3. Med forbehold af § 275, stk. 2 og 3, kan sælgeren afslå at udføre den af køber valgte form for efterfølgende opfyldelse, hvis den kun er mulig med uforholdsmæssige omkostninger. I denne forbindelse tages navnlig hensyn til den værdi, varen ville have, hvis den var i overensstemmelse med købsaftalen, betydningen af den manglende overensstemmelse, og om den form for efterfølgende opfyldelse kunne gennemføres uden væsentlig ulempe for køberen. I dette tilfælde er køberens ret begrænset til den anden form for efterfølgende opfyldelse; dette berører ikke sælgerens ret til ligeledes at afslå at gennemføre denne på de i første punktum anførte vilkår.

4. Hvis sælgeren med henblik på efterfølgende opfyldelse leverer en mangelfri genstand, kan denne afkræve køberen tilbagelevering af den mangelfulde genstand i henhold til §§ 346-348.«

III — De faktiske omstændigheder, retsforhandlingerne og de forelagte spørgsmål

12. I januar 2005 købte Jürgen Wittmer hos Weber 45,36 m2 polerede gulvfliser, fremstillet af en italiensk producent, til en pris af 1 382,27 EUR. 33 m2 af disse lod han lægge i sit hus.

13. Efterfølgende opstod der skyggelægninger på overfladen af fliserne, der var synlige med det blotte øje. I en uafhængig bevisoptagelse, der var foranstaltet af Jürgen Wittmer selv, konkluderede den sagkyndige, at de pågældende skyggelægninger skyldtes fine mikroslibespor, der ikke kunne fjernes, således at den eneste mulige afhjælpning var en fuldstændig udskiftning af fliserne. Omkostningerne dertil blev af den sagkyndige vurderet til 5 830,57 EUR.

14. Efter forgæves at have krævet opfyldelse og fastsat en tidsfrist herfor anlagde Jürgen Wittmer sag mod Weber ved Landgericht Kassel med påstand om levering af mangelfri fliser og betaling af 5 830,57 EUR med tillæg af renter. Retten bevilgede kun et afslag i prisen og pålagde Weber at betale 273,10 EUR med tillæg af renter og frifandt i øvrigt sagsøgte.

15. Jürgen Wittmer iværksatte appel for Oberlandesgericht Frankfurt am Main, der delvist ændrede Landgerichts afgørelse og ved dom afsagt den 14. februar 2008 pålagde Weber at levere 45,36 m2 mangelfri fliser og at betale 2 122,37 EUR med tillæg af renter, der repræsenterede omkostningerne til fjernelse af de mangelfulde fliser.

16. I hovedsagen påhviler det Bundesgerichtshof at afgøre den appel vedrørende et retsspørgsmål, der er iværksat til prøvelse af denne dom, og med hvilken Weber anfægter kravet om betaling af 2 122,37 EUR med tillæg af renter. Ifølge Bundesgerichtshof afhænger appelafgørelsen af, om Oberlandesgericht korrekt antog, at Jürgen Wittmer kan forlange, at Weber erstatter udgifterne til fjernelsen af fliserne.

17. Den forelæggende ret har i det væsentlige anført, at Jürgen Wittmer i modsætning til, hvad Oberlandesgericht konkluderede, ikke er berettiget til at forlange erstatning fra Weber for udgifterne til fjernelsen af de mangelfulde fliser i henhold til tysk lovgivning. Sidstnævnte kan i henhold BGB's § 439, stk. 3, med føje afslå efterfølgende opfyldelse i form af levering af mangelfri fliser og følgelig også fjernelse af de mangelfulde fliser.

18. Den forelæggende ret forklarer, at i henhold til ovennævnte bestemmelse kan sælgeren afvise den af køberen valgte form for efterfølgende opfyldelse, hvis en sådan opfyldelse kun er muligt med uforholdsmæssige omkostninger. Dette gælder ikke kun, hvis den af køberen valgte form for efterfølgende opfyldelse ville betyde uforholdsmæssige omkostninger i sammenligning med andre former for efterfølgende opfyldelse (»relativ uforholdsmæssighed«), men også hvis den valgte efterfølgende opfyldelse — eller den eneste mulige form for efterfølgende opfyldelse — i sig selv indebærer uforholdsmæssige omkostninger (»absolut uforholdsmæssighed«).

19. Da det ifølge den forelæggende ret er fastslået i den foreliggende sag, at én form for efterfølgende opfyldelse, nemlig afhjælpning af de mangelfulde varer, er umulig, kan retten til at afslå den resterende form for opfyldelse kun opstå i tilfælde af en absolut uforholdsmæssighed, som må antages at foreligge i den foreliggende sag. Ud over de faktiske omkostninger til gratis levering af de mangelfri fliser på omkring 1 200 EUR inkl. transport, ville

sælgeren pådrage sig omkostninger til fjernelsen af de mangelfulde fliser på omkring 2 100 EUR, hvorved de samlede omkostninger ville blive 3 300 EUR, hvilket er betydeligt mere end 150 % af værdien på fliserne i mangelfri tilstand.

20. Den omstændighed, at tysk ret i BGB's § 439, stk. 3, bestemmer, at en sælger kan nægte efterfølgende opfyldelse, ikke kun på grundlag af uforholdsmæssighed i omkostningerne til den valgte form for efterfølgende opfyldelse i sammenligning med andre former for efterfølgende opfyldelse (relativ uforholdsmæssighed), men også hvis udgifterne i sig selv er uforholdsmæssigt store (absolut uforholdsmæssighed), kunne være i strid med direktivets artikel 3, stk. 3, der efter sin ordlyd forekommer kun at gælde for relativ uforholdsmæssighed.

21. Endelig er det den forelæggende rets standpunkt, at for så vidt som en sælger i henhold til direktivet ikke har lov til at afslå en form for efterfølgende opfyldelse på grundlag af absolut uforholdsmæssighed, er spørgsmålet i den foreliggende sag, hvorvidt sælgeren i henhold til direktivets artikel 3 ud fra et omleveringssynspunkt kan pålægges at udtage den mangelfulde vare fra en anden genstand, som den er blevet indbygget i efter dens tilsigtede formål, og følgelig at godtgøre omkostningerne dertil. Den gældende tyske lovgivning pålægger principielt ikke sælgeren et sådant krav.

22. Det er under disse omstændigheder, at Bundesgerichtshof har besluttet at udsætte sagen og forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»1) Skal bestemmelserne i artikel 3, stk. 3, første og andet punktum, i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 1999/44/EF af 25. maj 1999 om visse aspekter af forbrugerkøb og garantier i forbindelse hermed fortolkes således, at de er til hinder for en national lovbestemmelse, hvorefter sælgeren — i tilfælde af, at den leverede forbrugsvare ikke er i overensstemmelse med købsaftalen — også kan nægte at afhjælpe på den måde, som forbrugeren har krævet, hvis denne afhjælpning pådrager ham omkostninger, der er urimelige (absolut uforholdsmæssige), sammenlignet med den værdi, forbrugsvaren ville have haft, hvis den havde været i overensstemmelse med købsaftalen, og med betydningen af misligholdelsen?

2) Såfremt det første spørgsmål besvares bekræftende: Skal bestemmelserne i ovennævnte direktivs artikel 3, stk. 2, og stk. 3, tredje afsnit, da fortolkes således, at sælgeren — hvis han bringer forbrugsvaren i overensstemmelse med købsaftalen ved omlevering — skal bære omkostningerne ved udtagningen af forbrugsvaren, der ikke var i overensstemmelse med købsaftalen, fra en genstand, som forbrugeren efter dennes art og formål har bygget forbrugsvaren ind i?«

IV — Retlig analyse

A — *Indledende bemærkninger*

23. Det retlige spørgsmål, som Domstolen skal tage stilling til i den foreliggende sag, har været en klassisk genstand for diskussion i aftaleret eller mere specifikt købsret, siden romerske jurister som Julian og Ulpian diskuterede de retlige konsekvenser af salget af »mangelfuldt« kvæg på markederne i den antikke verden, nemlig spørgsmålet vedrørende omfanget af sælgerens ansvar for leveringen af mangelfulde varer eller, set ud fra synspunktet for beskyttelsen af køberen, spørgsmålet om, hvilke beføjelser der skal være tilgængelige for køberen, i tilfælde hvor sælgeren har leveret ham varer, der ikke er i overensstemmelse med købsaftalen.

24. Som det ikke alene fremgår af parternes indlæg i den foreliggende sag, adskiller de forskellige nationale retsregler i medlemsstaterne på dette område sig faktisk betydeligt — i hvert fald i deres traditionelle, præharmoniserede udgaver — fra hinanden, selv om de i mange tilfælde i deres praktiske anvendelse fører til ensartede resultater og en sammenlignelig grad af retsbeskyttelse [4]. Forskellene vedrører ikke blot detaljerne i de juridiske begreber, de benyttede betingelser og definitioner, men på et mere generelt niveau også beføjelsesordningerne som sådan, dvs. såvel formerne for mulige beføjelser i tilfælde af kontraktovertrædelser som forholdet og hierarkiet mellem disse beføjelser, skadeserstatningers rolle i eller i forbindelse med disse ordninger samt afgrænsningen mellem de krav i og uden for kontraktforhold, der kan opstå ved levering af varer, der er i uoverensstemmelse med købsaftalen.

25. Som det endvidere fremgår af oplysningerne fra Bundesgerichtshof i den foreliggende sag, er der stadig, når det kommer til specifikke problemstillinger med hensyn til manglende overensstemmelse med købsaftalen og følgerne heraf, såsom spørgsmålet om sælgerens ansvar for omkostningerne til fjernelse af mangelfulde varer, usikkerheder og divergenser i den juridiske litteratur inden for et og samme retssystem med hensyn til køberens faktiske rettigheder og retsgrundlaget derfor.

26. Når dette er sagt, betragtes spørgsmålet om udgifterne til fjernelse af mangelfulde varer på EU-retligt niveau fra det særlige perspektiv af den beskyttelse, der ydes forbrugerne i direktivet.

4 — Se i denne sammenhæng ligeledes Forslag til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv om køb af forbrugsvarer og forbrugsgarantier (KOM(95) 520 endelig — COD 96/0161, EFT 1996 C 307, s. 8), begrundelsens punkt I.A.4.

27. I denne henseende bemærkes på den ene side, at direktivet, som det er anført i første betragtning hertil, og som Domstolen med rette fremhævede i Quelle-dommen, har til formål at sikre et højt forbrugerbeskyttelsesniveau [5].

28. På den anden side bemærkes, at direktivet udgør en foranstaltning til minimumsharmonisering — af ikke alle, men kun særlige aspekter af salget af forbrugsvarer. Derfor påtager direktivet sig, som det fremgår af sjette betragtning hertil, at tilnærme de nationale lovgivninger om salget af forbrugsvarer med hensyn til varer, der er i uoverensstemmelse med købsaftalen, dog uden at gribe ind i bestemmelserne og principperne i national ret vedrørende ansvar i og uden for kontraktforhold.

29. På denne baggrund og i mangel af udtrykkelige bestemmelser herom i direktivet forekommer det berettiget at spørge, hvorvidt sælgerens erstatningsansvar over for forbrugeren for »manglende overensstemmelse«, som er omfattet af direktivet, tilsigter at indebære et erstatningsansvar for omkostninger, såsom udgifterne til fjernelse af mangelfulde varer, der efter levering er blevet indarbejdet af den pågældende forbruger, således at forbrugeren i henhold til »omleveringsbeføjelsen« eller på grundlag af en anden bestemmelse i direktivet kan kræve, at sælgeren bærer disse omkostninger — der, som nogle parter har anført, i det mindste i en række nationale retssystemer ville blive behandlet som en sag om »følgeskader« snarere end blot som et spørgsmål om mangelfuld opfyldelse.

30. Set i lyset af direktivets formål om at styrke forbrugerbeskyttelsen kan et bekræftende svar på dette spørgsmål synes hensigtsmæssigt. Det er dog ikke så enkelt. Som ethvert andet udviklet retssystem, der regulerer køberes og sælgeres rettigheder og forpligtelser i forbindelse med mangelfuld ydelse, kan beføjelsesordningen i henhold til direktivet ikke blot favorisere enten forbrugeren eller sælgeren, men skal i stedet søge en rimelig balance mellem deres respektive interesser [6].

31. Når dette er sagt, har de to spørgsmål vedrørende fortolkningen af direktivets artikel 3, ved hvilke den forelæggende ret søger at fastslå, hvorvidt Jürgen Wittmer har ret til at kræve, at sælgeren skal bære de omkostninger ved fjernelsen af mangelfulde fliser, der er tvist om i hovedsagen, i det væsentlige til formål for det første at fastslå, hvorvidt sælger i henhold til direktivet, selv såfremt

5 — Jf. i denne retning dom af 17.4.2008, sag C-404/06, Sml. I, s. 2685, præmis 30 og 36.

6 — Jf. for en henvisning til beskyttelsen af også sælgerens finansielle interesser i henhold til direktivet Quelle-dommen, nævnt i fodnote 5, præmis 42.

afhjælpning af de mangelfulde varer er umulig, kan afslå omlevering af de pågældende varer med den begrundelse, at dette er uforholdsmæssigt, og for det andet, hvorvidt de rettigheder, der er tildelt forbrugeren ved direktivets artikel 3, omfatter retten til et erstatningskrav for omkostningerne til fjernelse af de mangelfulde varer.

32. Jeg finder det mere logisk at undersøge disse spørgsmål, som faktisk er tæt forbundet, i omvendt rækkefølge, dvs. først undersøge, hvorvidt en forbrugers rettigheder i henhold til direktivets artikel 3 i tilfælde af manglende overensstemmelse omfatter et krav som det, der omtvistes i den foreliggende sag, og i bekræftende fald, efterfølgende undersøge, hvorvidt kravet er underlagt en proportionalitetsbetingelse som beskrevet af den forelæggende ret [7].

B — *Om hvorvidt forbrugeren kan kræve, at sælgeren bærer omkostningerne til fjernelse af varer, der ikke er i overensstemmelse med købsaftalen (spørgsmål 2)*

33. Med det andet spørgsmål ønsker den forelæggende ret at fastslå, hvorvidt bestemmelserne i direktivets artikel 3, stk. 2 og 3, skal fortolkes således, at forbrugeren, hvis varer er bragt i overensstemmelse ved omlevering, kan kræve, at sælgeren betaler omkostningerne til fjernelse af varer, der ikke er i overensstemmelse med købsaftalen, fra en genstand, som forbrugeren i overensstemmelse med deres art og formål har indarbejdet dem i.

1. Parternes hovedargumenter

34. I den foreliggende sag har Weber, Kommissionen og den østrigske, den belgiske, den tyske, den polske og den spanske regering indgivet indlæg. Weber, Kommissionen og den østrigske og den tyske regering var også repræsenteret under retsmødet den 25. februar 2010.

35. Weber og den østrigske, den belgiske og den tyske regering har gjort gældende, at det andet spørgsmål skal besvares benægtende.

36. Weber og den tyske regering har nærmere bestemt gjort gældende, at sælgeren i en sag som den foreliggende er ansvarlig for at levere varer, der er i overensstemmelse med købsaftalen. Sælgeren er derfor i tilfælde af manglende overensstemmelse, der skal vurderes på leveringstidspunktet, ifølge direktivets artikel 3, stk. 2 og 3, forpligtet til at bringe de mangelfulde varer i overensstemmelse,

7 — Samspillet mellem disse to aspekter fører i princippet til flere muligheder med hensyn til sælgerens mulige forpligtelse til at betale for fjernelse af mangelfulde varer.

dvs. ved omlevering at levere varer, der er i overensstemmelse. Sælgerens forpligtelse kan ikke — som det er blevet påstået i den foreliggende sag — udstrækkes til at fjerne de mangelfulde varer, der efter eget valg er blevet brugt af forbrugeren efter levering. I den henseende er det vanskeligt for sælgeren at forudse, hvilken brug forbrugeren kan gøre af varerne, også hvis det er i overensstemmelse med deres art og formål, og således kan omkostningerne for fjernelse af én og samme vare variere meget fra tilfælde til tilfælde.

37. Ydermere er de af den opfattelse, at en sådan forpligtelse til at fjerne de mangelfulde varer eller bære omkostningerne herved hverken fremgår af ordlyden af direktivets artikel 3, stk. 2 og 3, der henviser til omlevering af mangelfulde varer, eller af den omstændighed, at en sådan omlevering i henhold til direktivets artikel 3, stk. 3 og 4, skal ske »uden vederlag« og »uden væsentlig ulempe for forbrugeren«. Disse betingelser henviser kun til sælgerens forpligtelse til på ny at levere varer uden mangler og kan ikke fortolkes således, at der pålægges sælgeren en yderlige forpligtelse til at bære fjernelsesomkostningerne.

38. Endelig har disse parter anført, at skader, der forekommer som følge af brugen — eller fjernelsen — af de pågældende mangelfulde varer, kan give anledning til et krav fra forbrugeren i henhold til nationale regler om ansvar i og uden for kontraktforhold.

39. Den østrigske og den belgiske regering tilslutter sig i det væsentlige disse argumenter. Den belgiske regering præciserer dog, at sælger bærer omkostningerne til forsendelse af de mangelfulde varer.

40. I modsætning hertil fastholder Kommissionen og den polske og den spanske regering, at sælgeren i tilfælde af omlevering af uoverensstemmende varer også skal bære omkostningerne til fjernelsen af disse varer, og foreslår derfor, at det andet spørgsmål besvares bekræftende.

41. Nærmere bestemt er Kommissionen af den opfattelse, at den afhjælpning eller omlevering, som en forbruger er berettiget til i henhold til direktivets artikel 3, stk. 3, nødvendigvis henviser til varer, der ikke er i overensstemmelse, i den tilstand og på de vilkår, der var gældende på det tidspunkt, hvor den manglende overensstemmelse forekommer. Heraf følger, at hvis de uoverensstemmende varer, i overensstemmelse med deres art og formål, er blevet indarbejdet i en anden genstand, udgør de uoverensstemmende varer i den tilstand genstanden for afhjælpning eller omlevering. Forbrugeren skal således ved omlevering bringes i en situation, som han ville have befundet sig i, hvis han havde modtaget varer uden mangler, hvilket betyder, at de mangelfulde varer om nødvendigt skal fjernes og varerne uden mangler indarbejdes. Denne fortolkning støttes af brugen af ordet

»omlevering« i direktivets artikel 3, stk. 2 og 3. Kommissionen har dog under retsmødet anerkendt, at den omstændighed, at omlevering i henhold til direktivets artikel 3, stk. 3 og 4, skal gennemføres uden vederlag og uden væsentlig ulempe for forbrugeren, ikke er relevant med hensyn til fastsættelsen af de forpligtelser, der opstår i forbindelse med retten til omlevering.

42. Den spanske og den polske regering, der i modsætning hertil påberåber sig de sidstnævnte bestemmelser, deler i det væsentlige Kommissionens standpunkt.

2. Bedømmelse

43. Først skal det bemærkes, at en ordret fortolkning af direktivets artikel 3, stk. 2 og 3, ikke afgør, hvorvidt forbrugerens ret til »omlevering« af varer, der ikke er i overensstemmelse, omfatter retten til at kræve, at sælgeren fjerner disse varer eller bærer omkostningerne herved.

44. Mens de anvendte udtryk i nogle sprogudgaver af direktivet, såsom den engelske (»replacement«) og den franske (»remplacement«), i princippet kan forstås således, at de også betyder fjernelse af de mangelfulde varer, forekommer andre udgaver, herunder den tyske (»Ersatzlieferung«) og den slovakiske (»sa … nahradí«), at understøtte en snævrere definition, der snarere omhandler erstatningslevering eller levering af erstatningsvarer end en hel fremgangsmåde, som teknisk kan føre til erstatning af de mangelfulde varer.

45. Dog understøtter en kontekstuel eller systematisk læsning af direktivets artikel 3 efter min opfattelse en fortolkning af sælgerens ansvar, som ikke omfatter omkostningerne ved fjernelse af varer, der ikke er i overensstemmelse.

46. I den henseende opregner direktivets artikel 3, stk. 2, udtømmende de former for beføjelser, som forbrugeren kan gøre gældende over for sælgeren i tilfælde af manglende overensstemmelse, nemlig afhjælpning, omlevering, afslag i prisen eller ophævelse af aftalen.

47. I overensstemmelse med beføjelsesordningen i direktiv 1999/44 kan forbrugeren nærmere bestemt ved de opfyldelsesorienterede beføjelser afhjælpning eller omlevering kræve, at sælgeren bringer den mangelfulde vare i overensstemmelse. På den måde genoprettes den oprindelige *gensidige bebyrdelse* i

henhold til købsaftalen, og forbrugeren opnår den ydelse, som han er kontraktligt berettiget til. Da denne løsning tjener begge kontraktparters hovedinteresse, foretrækkes den frem for prisafslag eller ophævelse af kontrakten [8].

48. De sidstnævnte efterfølgende beføjelser er derimod kendetegnet ved en gensidig tilbagelevering af opnåede fordele. Således kan balancen mellem forbrugerens og sælgerens respektive interesser, der er blevet forstyrret af sælgerens mangelfulde levering, genoprettes ved enten tilsvarende at formindske forbrugerens forpligtelse — afslag i pris — eller ved at aflaste begge parter fra de kontraktlige forpligtelser ved ophævelse.

49. Under alle omstændigheder skal det bemærkes, at i begge tilfælde forbliver forbrugerens rettigheder efter min opfattelse i princippet begrænset af de kontraktmæssige forpligtelser i henhold til købsaftalen.

50. Dette synspunkt bekræftes, hvis direktivets artikel 3 læses i dens bredere sammenhæng.

8 — At direktivet pålægger et sådant hierarki følger tydeligt af ordlyden af direktivets artikel 3, stk. 3, i sammenhæng med 11. betragtning til direktivet. Jf. ligeledes Quelle-dommen, nævnt i fodnote 5 ovenfor, præmis 27.

51. De ovennævnte forbrugerrettigheder, der er fastsat i denne bestemmelse, angiver — eller udgør den naturlige følge af — omfanget af sælgerens ansvar over for forbrugeren, der ifølge direktivets artikel 3, stk. 1, må accepteres ved manglende overensstemmelse med købsaftalen på tidspunktet for levering.

52. Denne definition af ansvar afspejler tydeligvis beskrivelsen i direktivets artikel 2, stk. 1, af sælgerens grundlæggende forpligtelse til i henhold til en forbrugerkøbsaftale at levere varer til forbrugeren, der er i overensstemmelse med købsaftalen.

53. Det fremgår af de førnævnte bestemmelser, at forbrugerrettighederne i henhold til direktivets artikel 3 er forankret i begrebet overensstemmelse med aftalen og følgelig skal fortolkes med henvisning til de rettigheder og forpligtelser, der er fastsat i den oprindelige købsaftale.

54. De rettigheder, som direktivets artikel 3 tildeler forbrugerne, tager med andre ord sigte på at udbedre den manglende overensstemmelse ved sammenligning med, hvad der oprindeligt skyldtes forbrugeren i henhold til købsaftalen, nemlig at forbrugeren bringes i besiddelse af mangelfri varer.

55. Sælgerens forpligtelse i forbindelse med mangelfuld ydelse eller mere specifikt mangler i selve varerne, der omfattes af de beføjelser, som direktivet giver forbrugeren, og som pålægger sælgeren ved afhjælpning eller omlevering uden vederlag (forsinket) at retablere den situation, som forbrugeren oprindelig havde krav på i henhold til aftalen, skal efter min opfattelse — som det foreslås i denne sag — adskilles fra et muligt ansvar for yderligere arbejde, der skal udføres, eller tilsvarende omkostninger i forbindelse med varer, der ikke er i overensstemmelse, men som først pådrages efter leveringstidspunktet — til hvilket direktivets artikel 3, stk. 1, henviser — og efter den brug, som forbrugeren gør af dem.

56. Den sidstnævnte, mere omfattende, form for forpligtelse kræver således, som Kommissionen har foreslået, at sælgeren sætter forbrugeren i en situation, som han selv ville have befundet sig i på et givet tidspunkt efter leveringen, hvis der var blevet leveret mangelfri varer til ham, det vil i den foreliggende sag sige en situation, hvor de mangelfulde fliser, som forbrugeren havde indarbejdet i gulvet, blev udtaget og nye mangelfri fliser lagt. Denne forpligtelse vil således, som flere parter har bemærket, blive udstrakt til at omfatte forhold og omstændigheder, der forekom efter overdragelsen af risikoen til forbrugeren, som derfor er afhængige af hans ønsker og især den brug, han gør af de pågældende varer.

57. At en sælger også kan holdes ansvarlig for denne form for mere indirekte følger af hans mangelfulde opfyldelse eller for skader, der forekommer som resultat heraf, er naturligvis tænkeligt og tilsyneladende tilfældet — undergivet forskellige krav — i henhold til nationale retssystemer såvel som f.eks. i henhold til artikel 45 i De Forenede Nationers konvention om aftaler om internationale køb (herefter »CISG«) [9].

58. Som den tyske regering har gjort gældende, kan omkostninger, som forbrugeren har pådraget sig i forbindelse med fjernelsen af mangelfulde varer, således godtgøres i henhold til tysk lov om erstatningskrav, dog underlagt de gældende betingelser, herunder culpøst forhold.

59. Med hensyn til direktivet skal det dog i denne sammenhæng påpeges, at dets system for beføjelser ved manglende overensstemmelse ikke omfatter krav om skadeserstatning i modsætning til eksempelvis CISG's artikel 45, stk. 1, litra b), eller artikel 27 i Kommissionens

9 — De Forenede Nationers konvention om aftaler om internationale køb blev vedtaget den 11.4.1980 og trådte i kraft den 1.1.1988.

forslag til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv om forbrugerrettigheder [10].

60. For det andet bemærkes, at netop fordi det arbejde eller de omkostninger, der er på tale, ikke kun er en følge af varernes manglende overensstemmelse, men også resultatet af en handling, der falder inden for rammerne af forbrugerens ansvar, i dette tilfælde indbygningen af de mangelfulde fliser i gulvet, er sælgerens ansvar i forbindelse med sådanne omkostninger normalt betinget af og fastsat ved henvisning til begreber som årsagssammenhæng, adækvans eller eventuelt culpøst forhold.

61. Det er åbenlyst, at direktivet end ikke hentyder til et filter eller anordning af denne art.

62. Det kan hævdes, at en sådan funktion kan tilskrives betingelsen om »brug af varen i overensstemmelse med varens art og formål«, som det foreslås af den forelæggende ret og understøttes af Kommissionen. I virkeligheden er dette begreb dog, som Weber og den tyske regering har bemærket, meget løst og dets evne til at afgrænse sælgerens ansvar, og dermed gøre hans risici beregnelige, temmelig begrænset.

63. Hvorimod de mulige former for »normal« brug, der kan gøres af meget specifikke færdigvarer, som for eksempel en computer eller et bord, er rimeligt definerede og forudsigelige, er der flere muligheder for »normal« brug, jo enklere varerne er. Jo tættere varerne således kommer på at være en byggekomponent eller et råmateriale, jo mere talrige og udefinérbare er de formål, hvortil de kan anvendes i overensstemmelse med deres art. Derfor kan udgifterne til at fjerne en og samme vare variere enormt.

64. I lyset af de foregående betragtninger er jeg ikke af den opfattelse, at forbrugerens ret til at kræve, at sælgeren fjerner de mangelfulde varer fra en genstand, som forbrugeren har indarbejdet dem i, eller til at kræve, at sælgeren bærer omkostningerne herved, kan læses ind i hans ret til i henhold til direktivets artikel 3, stk. 2 og 3, at få de mangelfulde varer bragt i overensstemmelse ved omlevering.

65. Jeg er ligeledes enig i, at der ikke sættes spørgsmålstegn ved denne konklusion af kravet om »uden vederlag«, der i henhold til direktivets artikel 3, stk. 2-4, er tilknyttet sælgerens forpligtelse til at bringe varerne i overensstemmelse ved omlevering. Dette krav fastsætter de betingelser, ifølge hvilke sælgeren skal tilbyde og bringe den overensstemmelse i stand, som skyldes forbrugeren

10 — KOM(2008) 614 endelig — COD 2008/0196.

i henhold til aftalen, nemlig uden vederlag, men kan ikke i væsentlig grad udstrække selve den gældende beføjelse. Ligeledes fastlægger kravet om »uden væsentlig ulempe« i direktivets artikel 3, stk. 3, tredje afsnit, hvordan overensstemmelsen skal gennemføres, ikke hvad den indebærer materielt.

66. Endelig skal den foreliggende sag sondres fra Quelle-sagen, i hvilken Domstolen fastslog, at kravet om »uden vederlag« betyder, at sælgeren ikke kan gøre økonomiske krav gældende i forbindelse med opfyldelsen af forpligtelsen til at bringe de varer, som aftalen vedrører, i overensstemmelse [11]. Følgelig fastslog Domstolen, på grundlag af yderligere argumenter, at direktivet udelukker lovgivning, i henhold til hvilken en sælger kan kræve, at forbrugeren betaler erstatning for brugen af de mangelfulde varer, indtil de er omleveret. Den foreliggende sag handler derimod ikke om en sælgers økonomiske krav til forbrugeren i forbindelse med omlevering, men om, hvorvidt forbrugeren, som en del af det at bringe de mangelfulde varer i overensstemmelse, udover gratis levering af nye varer uden mangler, kan kræve fjernelse af de mangelfulde varer eller sælgers betaling af omkostningerne herved.

67. Det følger af samtlige ovenstående betragtninger, at det andet præjudicielle spørgsmål bør besvares med, at forbrugerens rettigheder i henhold til direktivets artikel 3, stk. 2 og 3, ikke, hvis varer er bragt i overensstemmelse ved omlevering, omfatter retten til at kræve, at sælgeren betaler omkostningerne til fjernelse af de mangelfulde varer fra en genstand, som forbrugeren i overensstemmelse med deres art og formål har indarbejdet dem i.

C — *Kravet om forholdsmæssighed (første spørgsmål)*

68. Den forelæggende ret ønsker med det første spørgsmål nærmere bestemt oplyst, om direktivets artikel 3 skal tolkes således, at den er til hinder for en national lovgivning, i henhold til hvilken en sælger, der har solgt forbrugsvarer, som ikke er i overensstemmelse, såfremt afhjælpning af de mangelfulde varer må anses for umulig, kan afvise den af forbrugeren valgte alternative beføjelse, omlevering af varerne, hvis denne beføjelse ville være uforholdsmæssig, for så vidt som den, i sammenligning med værdien af de mangelfri varer og betydningen af den manglende overensstemmelse, pålægger sælgeren urimelige omkostninger.

11 — Nævnt i fodnote 5, præmis 34.

69. Det spørgsmål opstår ikke i den foreliggende sag, hvis, som jeg foreslår, forbrugeren ikke, som en del af sin ret til at få de mangelfulde varer omleveret, kan kræve, at sælgeren bærer omkostningerne ved fjernelsen af de pågældende mangelfulde varer. Jeg vil dog subsidiært behandle spørgsmålet i tilfælde af, at Domstolen når til en anden konklusion eller vælger at besvare spørgsmålene i den rækkefølge, som er foreslået af den forelæggende ret.

1. Parternes hovedargumenter

70. Weber — som i øvrigt fastholder, at det første spørgsmål bør afvises — og den tyske og den østrigske regering er af den opfattelse, at sælgeren af varer, der ikke er i overensstemmelse med købsaftalen, ifølge direktivets artikel 3 selv i et tilfælde som det foreliggende, hvor den alternative beføjelse anses for umulig, kan afvise den af forbrugeren krævede beføjelse, hvis den er uforholdsmæssig, idet den, sammenlignet med værdien af varer leveret i overensstemmelse, pålægger sælgeren urimelige omkostninger, og at det første spørgsmål følgelig skal besvares benægtende.

71. På grundlag af let varierende argumenter er de ovennævnte parter af den opfattelse, at denne fortolkning understøttes af ordlyden, systemet og især direktivets formål, der søger at skabe en balance mellem forbrugerens og sælgerens interesser. De tilslutter sig i det væsentlige begrebet relativ forholdsmæssighed, der blev henvist til af den forelæggende ret, og de fastholder, at sælgerens forpligtelse i henhold til direktivets artikel 3 altid, selv hvis én af beføjelserne i henhold til direktivets artikel 3, stk. 3, er umulig, er underlagt proportionalitetsbetingelsen, således at sælgeren ikke kan pålægges at omlevere mangelfulde varer, hvis det vil medføre fuldstændig urimelige omkostninger for ham.

72. I den henseende anerkender Weber og den tyske og østrigske regering i det væsentlige, at selv om direktivets artikel 3, stk. 3, andet afsnit — samt 11. betragtning hertil — forekommer kun at henvise til en beføjelse, der er uforholdsmæssig i sammenligning med den anden beføjelse, skal kriterierne i den bestemmelse fortolkes som havende generel rækkevidde og som ligeledes gældende i en sag som den foreliggende, hvor kun én beføjelse anses for mulig. Weber specificerer i denne sammenhæng, at begrebet umulig i henhold til direktivets artikel 3, stk. 3, første afsnit, kan fortolkes således, at det også omfatter tilfælde af (absolut) uforholdsmæssighed. Det er den østrigske regerings opfattelse, at omlevering under omstændighederne i den foreliggende

sag kan anses for en umulighed i henhold til denne bestemmelse på grund af det forhold, at fliserne ikke kan fjernes og tilbageleveres uden at blive ødelagt.

73. De ovennævnte parter har endvidere anført, at forbrugeren i sager som den foreliggende, hvor beføjelserne i direktivets artikel 3, stk. 3, er umulige eller uforholdsmæssige, ydes tilstrækkelig beskyttelse i henhold til direktivet, da han, i henhold til direktivets artikel 3, stk. 5, kan kræve et tilsvarende afslag i prisen eller ophæve kontrakten.

74. Endelig har de gjort gældende, at rettighederne og forpligtelserne i henhold til direktivet, som det er anført i sjette betragtning hertil, ikke berører bestemmelserne og principperne i national ret vedrørende ansvar i og uden for kontraktforhold, i henhold til hvilke en forbruger således kan kræve erstatning.

75. Kommissionen og den belgiske, den polske og den spanske regering har derimod gjort gældende, at proportionalitetstesten nærmere bestemt kun gælder valget mellem de to beføjelser, der omfattes af direktivets artikel 3, stk. 3, og således ikke kan udløse prisafslag eller ophævelse af kontrakten som en efterfølgende beføjelse i henhold til direktivets artikel 3, stk. 5. De foreslår derfor, at det første spørgsmål besvares bekræftende.

76. For Kommissionens vedkommende følger den løsning først og fremmest af ordlyden af direktivets artikel 3, stk. 3, andet afsnit, og 11. betragtning hertil. Ifølge ordningen i direktivets artikel 3 prioriteres opfyldelse af kontrakten over afslag i pris eller ophævelse, og henvisningen til forholdsmæssighed skal således fortolkes snævert. Kommissionen bestrider imidlertid ikke, at der i ekstreme tilfælde, hvor den eneste mulige og krævede beføjelse ville være dybt uforholdsmæssig i forhold til forbrugerens interesse i at forfølge denne beføjelse, kan forekomme et tilfælde af umulighed som omhandlet i direktivets artikel 3, stk. 3, første afsnit.

77. Den belgiske, den polske og den spanske regering tilslutter sig i det væsentlige Kommissionens argumenter ud fra den betragtning, at det vil være i strid med de rettigheder og det høje beskyttelsesniveau, direktivet har til formål at give forbrugerne, hvis sælgeren kan afvise den eneste mulige form for afhjælpning på grund af, at han kan pådrage sig uforholdsmæssige omkostninger.

2. Bedømmelse

78. Som jeg har bemærket ovenfor [12], indfører direktivet et hierarki for den beføjelsesordning, det fastsætter, idet det favoriserer afhjælpning og omlevering, dvs. de beføjelser, hvorved forbrugeren modtager den ydelse, som han havde indgået kontrakt om, frem for prisafslag og ophævelse, dvs. de beføjelser, hvor de oprindelige kontraktmæssige rettigheder og forpligtelser ændres i overensstemmelse med den manglende overensstemmelse eller helt opløses.

79. I henhold til direktivets artikel 3, stk. 3, første afsnit, kan forbrugeren således »for det første« kræve, at sælgeren bringer varerne i overensstemmelse ved afhjælpning eller omlevering. Dernæst er beføjelserne prisafslag og ophævelse, som det fremgår af direktivets artikel 3, stk. 5, tilgængelige for forbrugeren, hvis han »hverken er berettiget til at kræve afhjælpning eller omlevering«, eller hvis sælgeren ikke har opfyldt en sådan beføjelse inden for en rimelig tid eller uden væsentlig ulempe for forbrugeren.

80. I den henseende er forbrugeren, som det klart fremgår af direktivets artikel 3, stk. 3, første afsnit, berettiget til de ydelsesorienterede beføjelser afhjælpning eller omlevering, »medmindre dette ikke er muligt eller uforholdsmæssigt«.

81. Efter min mening følger det klart af denne bestemmelse, at denne betingelse gælder enhver beføjelse på det »primære trin«, således at beføjelsen, uanset om forbrugeren vælger afhjælpning eller omlevering, i begge tilfælde skal være såvel mulig som forholdsmæssig, idet sælgeren, hvis dette ikke er tilfældet, kan afslå de primære beføjelser, og forbrugerens valg er begrænset til prisafslag eller ophævelse.

82. Ganske vist synes det at fremgå af ordlyden af direktivets artikel 3, stk. 3, andet afsnit, ifølge hvilken en beføjelses forholdsmæssighed bestemmes ved henvisning til den »alternative beføjelse«, at betingelsen om forholdsmæssighed kun gælder valget mellem de to primære beføjelser og ikke valget mellem disse beføjelser og prisafslag eller ophævelse.

83. Denne fortolkning er imidlertid ikke overbevisende og bør ikke alene i lyset af de ovennævnte bestemmelser i direktivets artikel 3, stk. 3, første afsnit, afvises.

12 — Jf. punkt 47 ovenfor.

84. Hvis direktivet virkelig i overensstemmelse med en sådan fortolkning skulle forstås således, at forbrugeren, når — som under omstændighederne i hovedsagen — én af de to primære beføjelser, der er omhandlet i direktivets artikel 3, stk. 3, var umulig, kunne vælge den anden beføjelse, uanset om den var forholdsmæssig, ville anvendelsen af de subsidiære beføjelser, prisafslag eller ophævelse, i henhold til direktivets artikel 3, stk. 5, første led, naturligvis være meget begrænset, nemlig til tilfælde, hvor såvel afhjælpning som omlevering er umulige.

85. Efter min opfattelse vil en sådan fortolkning uretmæssigt tilsidesætte sælgerens interesser og derfor ikke skabe en rimelig balance mellem forbrugerens og sælgerens interesser [13]. At denne fortolkning ikke kan opretholdes uden at føre til uacceptabel modgang for sælgeren, er også, indirekte, anerkendt af Kommissionen, som har gjort gældende, at der kan gøres undtagelser i ekstreme tilfælde af grov uforholdsmæssighed.

86. Det skal yderligere bemærkes, at Domstolen har anerkendt, at sælgerens økonomiske interesser i henhold til direktivet er beskyttet af bl.a. det forhold, at han i henhold til direktivets artikel 3, stk. 3, andet afsnit, kan afvise at omlevere varer, hvis denne beføjelse ville være uforholdsmæssig, da den ville bebyrde sælgeren med urimelige udgifter [14].

87. Endelig skal det bemærkes, at hvad angår afgørelsen af, hvorvidt en beføjelse pålægger sælgeren urimelige omkostninger og derfor skal anses for uforholdsmæssig, skal de faktorer, som tages i betragtning i henhold til det af den forelæggende ret beskrevne begreb (absolut) uforholdsmæssighed, nærmere bestemt afspejle de faktorer, der nævnes i direktivets artikel 3, stk. 3, andet afsnit.

88. På baggrund af det ovenstående bør Bundesgerichtshofs første spørgsmål besvares med, at direktivets artikel 3, stk. 3, første og andet afsnit, ikke skal fortolkes således, at de er til hinder for en national lovgivning, i henhold til hvilken en sælger, der har solgt forbrugsvarer, som ikke er i overensstemmelse med købsaftalen, såfremt afhjælpning af de

13 — Jf. ligeledes i denne henseende min kommentar ovenfor i punkt 30.

14 — Jf. Quelle-sagen, nævnt i fodnote 5, præmis 42.

mangelfulde varer ikke er mulig, kan afvise den af forbrugeren valgte alternative beføjelse omlevering af varerne, hvis denne beføjelse ville være uforholdsmæssig, for så vidt som den, i sammenligning med værdien af de mangelfri varer og betydningen af den manglende overensstemmelse, pålægger sælgeren urimelige omkostninger.

V — Forslag til afgørelse

89. Jeg foreslår derfor Domstolen at besvare de præjudicielle spørgsmål således:

»Forbrugerens rettigheder i henhold til artikel 3, stk. 2 og 3, i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 1999/44/EF af 25. maj 1999 om visse aspekter af forbrugerkøb og garantier i forbindelse hermed omfatter ikke, hvis varer er bragt i overensstemmelse med købsaftalen ved omlevering, retten til at kræve, at sælgeren betaler omkostningerne til fjernelse af de mangelfulde varer fra en genstand, som forbrugeren i overensstemmelse med deres art og formål har indarbejdet dem i.

Artikel 3, stk. 3, første og andet afsnit, i direktiv 1999/44 skal fortolkes således, at de ikke er til hinder for en national lovgivning, i henhold til hvilken en sælger, der har solgt forbrugsvarer, som ikke er i overensstemmelse med købsaftalen, såfremt afhjælpning af de mangelfulde varer ikke er mulig, kan afvise den af forbrugeren valgte alternative beføjelse omlevering af varerne, hvis denne beføjelse vil være uforholdsmæssig, for så vidt som den, i sammenligning med værdien af de mangelfri varer og betydningen af den manglende overensstemmelse, pålægger sælgeren urimelige omkostninger.«