FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT FRANCIS G. JACOBS
föredraget den 16 september 2004 [1]

1. Den huvudsakliga frågan i förevarande mål gäller skillnaden i Brysselkonventionen [2] mellan konsumentavtal och avtal i allmänhet.

2. Specifikt gäller frågan hur det skall avgöras vilken kategori ett avtal tillhör när det ingås av en lantbrukare för inköp av taktegel till en mangårdsbyggnad som han delvis, som privatperson, har som familjeboende, delvis har för lantbruket för att inhysa husdjur och foder.

3. Mer tekniska frågor gäller vidare de åtgärder som vid ingående av ett konsumentavtal, för att den aktuella bestämmelsen i konventionen skall kunna tillämpas, måste vidtas i den stat där konsumenten har hemvist.

Brysselkonventionen

4. Brysselkonventionen är tillämplig på privaträttens område. I avdelning II anges hur behörigheten skall fördelas mellan konventionsstaterna. Enligt den grundläggande bestämmelsen i artikel 2 skall domstolarna i den konventionsstat där svaranden har sin hemvist ha behörighet. Dock har, med undantag från denna bestämmelse, andra domstolar behörighet att pröva vissa typer av talan.

5. I artikel 5.1 i konventionen ges behörighet "om talan avser avtal" till "domstolen i den ort där den förpliktelse som talan avser har uppfyllts eller skall uppfyllas".

1 — Originalspråk: engelska.

2 — Av den 27 september 1968 om domstols behörighet och om verkställighet av domar på privaträttens område. En konsoliderad version av konventionen i dess lydelse enligt fyra följande konventioner om anslutning till denna — den version som är tillämplig i förevarande fall — har offentliggjorts i EGT 1998 C 27, s. 1. Sedan den 1 mars 2002 (efter den tidsperiod som är av betydelse i detta fall) har konventionen, utom vad avser Danmark och vissa av de andra medlemsstaternas utomeuropeiska områden, ersatts av rådets förordning (EG) nr 44/2001 av den 22 december 2000 om domstols behörighet och om erkännande och verkställighet av domar på privaträttens område (EGT L 12, s. 1).

6. Avsnitt 4 i avdelning II i konventionen, som omfattar artiklarna 13–15, har rubriken "Behörighet vid konsumenttvister". I artikel 13 föreskrivs, såvitt är av betydelse, 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 ... 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.

..."

7. I artikel 14 föreskrivs att en konsument får väcka talan mot den andra avtalsparten "antingen vid domstolarna i den konventionsstat där denne har hemvist eller vid domstolarna i den konventionsstat där han själv har hemvist".

Bakgrund och förfarande

8. Johann Gruber är lantbrukare i Österrike, nära den tyska gränsen. Hans bondgård omfattar en mangårdsbyggnad, som han till en del (som uppges vara 62 procent av golvytan) bebor med sin familj. Resterande del används som svinstia och för lagring av foder. Separata uthus omfattar en annan svinstia, ett maskinrum och ett antal fodersilos.

9. BayWa AG har ett antal företag i Tyskland. På en adress i Pocking, inte långt från

den österrikiska gränsen, driver företaget både en affär för byggnadsmaterial och en affär av typen gör-det-själv, inklusive handelsträdgård. Den sistnämnda affären ger ut broschyrer som också delas ut på andra sidan gränsen i Österrike.

10. Johann Gruber fick kännedom om BayWa genom sådana broschyrer. Då han önskade lägga tegel på taket till mangårdsbyggnaden förhörde han sig per telefon om vilka tegelpannor som fanns och om aktuella priser, trots att tegelpannor inte nämndes specifikt i reklammaterialet. Johann Gruber presenterade sig med sitt namn och uppgav var han var bosatt, men nämnde inte att han var lantbrukare. Den anställde som han hade talat med ringde senare upp honom och lämnade ett muntligt erbjudande. Johann Gruber ville emellertid syna tegelpannorna och begav sig därför till BayWas affärslokaler.

11. Där överlämnades ett skriftligt erbjudande till honom. Han uppgav att han var lantbrukare och att han önskade lägga tegel på taket till sin mangårdsbyggnad. Han nämnde även att han hade andra byggnader som i huvudsak användes för lantbruket, men inte huruvida den byggnad som skulle beläggas med tegel användes för lantbruket eller för privat bruk.

12. Följande dag telefonerade Johann Gruber till BayWa från sitt hem i Österrike för att anta erbjudandet. BayWa bekräftade kontraktet genom ett faxmeddelande till hans bank.

13. Efter avslutad tegelbeläggning fann Johann Gruber betydande färgskillnader på de pannor som levererats, trots att BayWa hade garanterat att färgen skulle vara enhetlig. På grundval av garantin jämte en begäran om skadestånd väckte han därför talan mot BayWa vid de österrikiska domstolarna, varvid han yrkade ersättning för kostnaden för tegelpannorna, för kostnaden för att avlägsna dem och för att lägga nytt tegel på taket. Samtidigt väckte han skadeståndstalan för eventuella framtida kostnader.

14. Johann Gruber åberopade artikel 13 och följande artiklar i Brysselkonventionen för att fastställa att domstolen var behörig, men BayWa invände häremot. Domstolen i första instans ansåg att den hade behörighet på den grunden att tvisten gällde ett konsumentavtal för tillämpningen av dessa bestämmelser, men detta beslut upphävdes efter överklagande. Målet är nu anhängiggjort vid Obersters Gerichtshof (Högsta domstolen), som har vilandeförklarat målet och begärt ett förhandsavgörande beträffande följande frågor:

"1) Är det vid bedömningen av frågan huruvida någon skall anses vara konsument, för tillämpningen av artikel 13 i Brysselkonventionen, avgörande huruvida ett avtal, som delvis är relaterat till privatlivet, till övervägande del ingicks för ändamål som är privata eller för ändamål som rör personens affärsverk-

samhet eller yrkesverksamhet, och vilka kriterier skall tillämpas för att fastslå huruvida avtalet till övervägande del ingicks för ändamål som är privata eller för ändamål som rör personens affärsverksamhet eller yrkesverksamhet?

2) Är det, för att fastställa ändamålet, avgörande vilka omständigheter som objektivt kan fastställas av konsumentens avtalspart?

3) Skall ett avtal som har såväl privata ändamål, som ändamål som rör affärsverksamhet eller yrkesverksamhet i tveksamma fall anses vara ett konsumentavtal?

4) Skall ett avtal anses ha föregåtts av annonsering, i den mening som avses i artikel 13.3 a i Brysselkonventionen, i det fall då konsumentens blivande avtalspart har låtit dela ut reklambroschyrer angående sina varor, men den vara som senare har köpts av konsumenten inte ingick i nämnda broschyr?

5) Skall det anses vara fråga om ett konsumentavtal, i den mening som avses i artikel 13 i Brysselkonventionen, när säljaren i sin hemstat via telefon har lämnat ett anbud till den i en annan stat bosatta köparen, vilket denna inte accepterade vid det tillfället, men köparen senare köpte varan efter att ha fått ett skriftligt anbud?

6) Skall konsumenten anses ha vidtagit de för avtalets ingående nödvändiga åtgärderna i den stat där han har hemvist, i den mening som avses i artikel 13.3 b i Brysselkonventionen, om han per telefon från den stat där han har hemvist accepterar ett anbud som lämnades i säljarens hemstat?"

15. Parterna i målet vid den nationella domstolen, den österrikiska, den tyska, den italienska, den portugisiska och den svenska regeringen samt kommissionen har framlagt skriftliga yttranden. Johann Gruber, den italienska regeringen och kommissionen yttrade sig muntligen vid förhandlingen den 24 juni 2004.

Klassificering som ett konsumentavtal

16. De sammanhängande frågor som har väckts genom den nationella domstolens första tre frågor har alla en allmän räckvidd och kan lämpligen prövas tillsammans, trots

att jag föredrar att undersöka dem i en något annorlunda form än den vari de ställts.

17. Den huvudsakliga frågan är huruvida ett "blandavtal" av det slag som Johann Gruber ingick med BayWa skall anses vara ett konsumentavtal för tillämpningen av Brysselkonventionen.

18. I detta avseende vill den hänskjutande domstolen även få veta vilka omständigheter som skall beaktas vid bedömningen, och huruvida de skall vara objektivt fastställbara av leverantören.

19. Såsom kommer att framgå är svaret på dessa frågor enligt min mening ganska enkelt. Det är dock av värde att först se på bakgrunden till bestämmelserna om konsumentavtal i Brysselkonventionen och domstolens tolkning av dem.

Bakgrund

20. Artikel 13 i den ursprungliga versionen av Brysselkonventionen avsåg avtal om köp av varor där betalning skall erläggas i särskilda poster, eller lån som skall återbetalas i särskilda poster om lånet var avsett att finansiera köp av varor. Artikeln syftade inte på andra leveranser av varor eller tjänster, eller på köparen när han handlar "för ändamål som kan anses ligga utanför hans affärsverksamhet eller yrkesverksamhet".

21. Den aktuella ordalydelsen infördes genom 1978 års konvention om tillträde till konventionen.[3] I Schlosserrapporten[4] om utkastet till den konventionen förklarades att utvecklingen påverkades av ett ökande intresse för konsumentskydd i gränsöverskridande förbindelser. Avsnitt 4 i avdelning II hade sålunda "utvidgats till att omfatta ett avsnitt om behörighet vid konsumenttvister. Samtidigt hade det för framtida ändamål fastställts att endast slutkonsumenter som handlade som privatpersoner skulle ges ett särskilt skydd men inte de personer som ingick avtal inom ramen för sin affärsverksamhet ... ."

22. Underlaget till definitionen av ett konsumentavtal hämtades från artikel 5 i det som då var det preliminära utkastet till konvention om tillämplig lag för avtalsför-

3 — Konvention om Konungariket Danmarks, Irlands och Förenade konungarikets Storbritannien och Nordirland tillträde till konventionen om domstols behörighet och om verkställighet av domar på privaträttens område, samt till protokollet om domstolens tolkning av denna konvention (EGT L 304, s. 1).

4 — EGT C 59, 1979, s. 71, punkterna 153–161, s. 117–120.

pliktelser och utomobligatoriska förpliktelser, och som senare — endast med avseende på avtalsförpliktelser — blev Romkonventionen, till vilken det hänvisas i Schlosserrapporten. [5]

23. Enligt artikel 5 i Romkonventionen förbjuds i huvudsak varje val av tillämplig lag i ett avtal som skulle beröva konsumenten det skydd som tillförsäkras honom genom lagen i det land där han har sin vanliga vistelseort. I nämnda artikel definieras ett konsumentavtal i huvudsak på samma sätt som i Brysselkonventionen, nämligen som ett "avtal om leverans av varor eller utförande av tjänster åt en person (konsumenten) för ändamål som kan anses ligga utanför hans affärsverksamhet eller yrkesverksamhet".

24. I Giuliano/Lagarde-rapporten [6] om utkastet till den konventionen klarläggs begreppet ytterligare:

"Definitionen av konsumentavtal motsvarar definitionen i artikel 13 i konventionen om domstols behörighet och om verkställighet av domar. Den skall tolkas mot bakgrund av dess ändamål, vilket är att skydda den svagare parten, och i överensstämmelse med andra internationella instrument med samma syfte, såsom konventionen om domstols behörighet och om verkställighet av domar. Sålunda ... skall regeln inte tillämpas på avtal som ingåtts av personer som är verksamma inom handel, industri eller fria yrken (exempelvis läkare) och som köper utrustning eller erhåller tjänster för denna verksamhet eller för detta yrke. Om en sådan person handlar delvis inom ramen för sin affärsverksamhet eller yrkesverksamhet och delvis utanför denna ram omfattas denna situation av tillämpningsområdet för artikel 5, endast om han i huvudsak handlar utanför sin affärsverksamhet eller yrkesverksamhet. När mottagaren av varor eller tjänster eller krediter faktiskt i huvudsak har handlat utanför sin affärsverksamhet eller yrkesverksamhet men den andra parten inte kände till detta och, med beaktande av alla omständigheter inte kunde ha kännedom därom, skall situationen inte omfattas av tillämpningsområdet för artikel 5. Om mottagaren av varor eller tjänster således framträder som yrkesman och, till exempel, på brevpapper med firmanamnet beställer varor som faktiskt kan tänkas användas i hans affärsverksamhet eller yrkesverksamhet, skall den andra partens goda tro skyddas och fallet inte regleras genom artikel 5."

25. Begreppet konsumentavtal i artikel 13 och följande artiklar i Brysselkonventionen har av EG-domstolen prövats särskilt i målen

5 — EGT L 266, 1980, s. 1. Se Schlosserrapporten, punkt 155.
6 — EGT C 282, 1980, s. 1, punkt 23.

Shearson Lehmann Hutton [7] och Benincasa. [8]

26. I domen i målet Shearson Lehmann Hutton fastställde domstolen syftet med bestämmelserna som "intresset av att skydda konsumenten som den part i avtalet som ekonomiskt anses vara svagare och mindre erfaren i rättsliga frågor än den andra parten i avtalet. Denna part skall därför inte avskräckas från att vidta rättsliga åtgärder genom att se sig tvungen att väcka talan vid domstolarna i den stat i vilken den andra parten i avtalet har sin hemvist." [9]

27. Domstolen angav emellertid även skäl för att i det sammanhanget inte tolka begreppet "konsument" alltför brett, nämligen att behörighetsregeln i fråga är ett undantag från den allmänna regeln i artikel 2, att frånsett sådana bestämda undantag är inställningen enligt konventionen fientlig till att domstolarna i den stat där klaganden har sin hemvist skall tilldelas behörighet, och att det skyddsmål som eftersträvas innebär att undantaget inte skall utvidgas till att omfatta personer för vilka skyddet inte är berättigat. [10] Begreppet avser sålunda "endast en privat slutkonsument som inte ägnar sig åt affärsverksamhet eller yrkesverksamhet". [11]

28. I domen i målet Benincasa fastställde domstolen detta synsätt och angav att "det [finns] skäl att se till den personens ställning i ett visst avtal med beaktande av dettas art och syfte och inte till samma persons subjektiva situation. ... [E]n och samma person [kan] anses vara konsument inom ramen för vissa transaktioner och näringsidkare inom ramen för andra transaktioner. ... [Det är] endast avtal som har ingåtts för att tillgodose en enskilds privata konsumtion som omfattas av de bestämmelser som är avsedda att skydda konsumenten, vilken anses vara den ekonomiskt svagare parten. Det särskilda skydd som eftersträvas i dessa bestämmelser är inte motiverat då det är fråga om avtal som rör affärs- eller yrkesverksamhet ... ." [12]

Argument

29. På grundval av ovanstående överväganden anser alla de som har avgivit yttranden att det i fråga om "blandavtal" inte är uteslutet att artikel 13 och följande artiklar skall tillämpas. Det föreligger även allmän samstämmighet om att det är det inslag som är mest framträdande som skall avgöra karaktären av ett sådant avtal. Synsätten skiljer sig dock i fråga om de omständigheter i vilka "konsumentaspekterna" av ett avtal

7 — Dom av den 19 januari 1993 i mål C-89/91, Shearson Lehmann Hutton (REG 1993, s. I-139).

8 — Dom av den 3 juli 1997 i mål C-269/95, Benincasa (REG 1997, s. I-3767).

9 — Punkt 18 i domen.

10 — Punkterna 16, 17 och 19 i domen.

11 — Punkt 22 i domen.

12 — Punkterna 16 och 17 i domen.

skall anses vara de mest framträdande för det ändamålet. Dessa synsätt kan i stort delas in i två kategorier.

30. Sammanfattningsvis är det en uppfattning att företräde — särskilt i tveksamma fall — på grund av intresset för konsumentskydd skall ges klassificeringen som konsumentavtal. Undantaget syftar till att skydda konsumenten, som anses vara ekonomiskt svagare och i rättsliga frågor mindre erfaren än den andra parten i avtalet, genom att inte kräva att han skall vända sig till domstolarna i den stat i vilken den andra parten har sin hemvist. Ingen person som befinner sig i en sådan situation skall nekas skydd.

31. Enligt den andra synpunkten förordas en restriktiv tolkning av artikel 13 och följande artiklar, varvid ett avtal vid tveksamhet skall klassificeras så att det omfattas av området för kundens affärsverksamhet eller yrkesverksamhet. Skälet till detta är att dessa bestämmelser innebär ett undantag från behörigheten för domstolarna på uppfyllelseorten i artikel 5.1, som i sig är ett undantag från den allmänna regeln i artikel 2 att domstolarna i den stat där svaranden har sin hemvist har behörighet. Såsom ett undantag till förmån för domstolarna i den stat där klaganden har sin hemvist, till vilket inställningen i konventionen i allmänhet är fientlig, är det särskilt långtgående. Domstolen har vid upprepade tillfällen sagt att sådana undantag måste tolkas restriktivt, och den har angivit detta specifikt med avseende på artikel 13 och följande artiklar.

32. När det gäller de omständigheter som skall beaktas är meningsskiljaktigheterna avsevärda. I vissa yttranden har åsikten framförts att procentandelen av de förvärvade varor som faktiskt använts eller som varit avsedda för varje ändamål måste vara en avgörande faktor, medan det i andra yttranden påpekas vilka svårigheter som ligger i att åberopa rent kvantitativa överväganden. Johann Gruber har anfört att kundens avsikt bör vara avgörande, men att ett företag vars annonsering riktar sig till privata hushåll under alla förhållanden måste förvänta sig att göra affärer med konsumenter. I andra yttranden talas det för att hänsyn skall tas till villkoren för själva avtalet eller andra objektiva faktorer — sådana som kundens användning av företagets brevpapper, karaktären på varorna eller tjänsterna och deras förhållande till kundens affärsverksamhet, kvantiteten varor som har beställts eller det kända socio-ekonomiska sammanhanget — som kan ange ett troligt samband med kundens affärsverksamhet eller yrkesverksamhet. Den italienska, den portugisiska och den svenska regeringen anser att leverantörens kännedom om förhållandet är irrelevant. I de andra parternas samtliga yttranden anses denna dock vara relevant.

Bedömning

33. Den huvudsakliga frågan är som sagt huruvida ett "blandavtal" av det slag som Johann Gruber ingick med BayWa skall betraktas som ett konsumentavtal för till-

lämpningen av konventionen. I detta sammanhang skall tre grundläggande omständigheter beaktas.

34. För det första är det faktiskt avtalet, och inte kunden, som skall klassificeras. Någon personlig ställning som konsument eller icke konsument finns inte. Det som räknas är den egenskap i vilken kunden handlade när han ingick det särskilda avtalet. Detta följer av ordalydelsen i artikel 13 och har framhållits av domstolen, särskilt i domen i målet Benincasa.

35. För det andra måste avtalet klassificeras i sin helhet och kan inte delas upp. Det finns i detta sammanhang i själva verket inte något sådant som ett "blandavtal", utan endast konsumentavtal och andra avtal. Detta följer också av ordalydelsen i artikel 13 och även av ett av de huvudsakliga syftena med Bryssel-konventionen, nämligen att undvika en ökning av antalet domstolar som har behörighet avseende samma sak, särskilt avseende ett och samma avtal. [13] Det skulle vara absurt och strida mot själva ändamålet med konventionen, om en domstol skulle ha behörighet avseende en tvist angående en del av avtalsvärdet, medan en annan domstol hade behörighet angående resterande del. Ett avtal av det slag som är i fråga måste därför omfattas antingen av artikel 5.1 eller av artikel 13 och följande artiklar.

13 — Se, till exempel, dom av den 11 juli 2002 i mål C-96/00, Gabriel (REG 2002, s. I-6367), punkt 57, av den 10 april 2003 i mål C-437/00, Pugliese (REG 2003, s. I-3573), punkt 16, och av den 5 februari 2004 i mål C-18/02, DFDS Torline (REG 2004, s. I-1417), punkt 29.

36. För det tredje, och vad som är viktigast, är syftet med artikel 13 och följande artiklar att göra det lättare för en privat konsument — som inom ramen för ett särskilt avtal, både ekonomiskt och när det gäller erfarenhet av företag och av rättsliga frågor samt i fråga om resurser, vanligen är i en svagare ställning än sin leverantör — att väcka talan mot denna leverantör. Detta framgår klart både av Giuliano/Lagarde-rapporten och av domstolens rättspraxis avseende artikel 13 och följande artiklar. Det är detta övervägande som enligt min mening utvisar hur avtal av det slag som är i fråga skall betraktas.

37. Konsumenter ges särskilt och långtgående skydd på grund av att de, när de ingår ett avtal i denna egenskap, är i en svagare ställning än en leverantör som handlar inom ramen för sin affärs- eller yrkesverksamhet.

38. Trots att det säkert förekommer avtal där verkligheten är en annan krävs det enligt konventionen inte att det i varje enskilt fall skall fastställas att konsumentens ställning är förhållandevis svagare. I rättssäkerhetens intresse anses dock varje person som anskaffar varor eller tjänster för ett ändamål som ligger utanför hans affärs- eller yrkesverksamhet vara i en svagare ställning än sin leverantör.

39. Omvänt måste en person som anskaffar sådana varor för ett ändamål inom sin affärs- eller yrkesverksamhet därför anses vara jämställd med leverantören och inte vara berättigad till samma långtgående skydd.

40. Om ett avtal samtidigt tjänar både privata behov och behov för affärs- eller yrkesverksamheten kan det vara möjligt att inom varje kategori fastställa avtalets proportion. Däremot kan det inte anses att kunden, i den proportionen eller i någon annan proportion, både är i en svagare ställning än leverantören och är jämställd med honom i fråga om ett och samma avtal.

41. Försåvitt ett avtal har ingåtts för ändamål som avser kundens affärs- eller yrkesverksamhet måste kunden anses vara jämställd med leverantören. Denna jämställdhet — kundens föregivna erfarenhet av företag och av rättsliga frågor, samt resurser, i förhållande till leverantörens motsvarande erfarenhet och resurser — kan inte undergrävas av att avtalet även tjänar privata ändamål. Detta måste fortfarande gälla vilken relativ betydelse de två typerna av ändamål än har, så länge som de båda är betydande.

42. En person som ingår ett avtal för ändamål som delvis ligger inom och delvis ligger utanför hans affärs- eller yrkesverksamhet kan följaktligen inte vara i den ställningen att han kan åberopa det långtgående skydd som ges genom artikel 13 och följande artiklar i Brysselkonventionen, såvida inte ändamålet för affärs- eller yrkesverksamheten är obetydligt.

43. Denna slutsats har inte endast förts fram genom principövervägandena i Schlosserrapporten och i Giuliano/Lagarde-rapporten och dikterats av den logik som ligger bakom det ifrågavarande skyddet. Den följer även av domstolens rättspraxis och går ut på att dessa bestämmelser, som ett undantag från de allmänna bestämmelserna, och särskilt som ett undantag som ger behörighet åt domstolarna i den stat där klaganden har sin hemvist, skall tolkas restriktivt och inte utvidgas till att omfatta personer för vilka skyddet inte är berättigat.

44. Den nationella domstolen har även frågat huruvida den omfattning i vilken avtalet tjänar kundens privata ändamål respektive ändamål som rör affärs- eller yrkesverksamheten måste kunna fastställas objektivt av leverantören.

45. Mot bakgrund av min ovanstående uppfattning måste den domstol där talan har väckts, i fall av meningsskiljaktighet, avgöra huruvida avtalet i någon betydande omfattning tjänade ett ändamål som rörde området för kundens affärs- eller yrkesverksamhet.

46. Detta avgörande måste fattas på grundval av bevis och jag instämmer i den uppfattning som har framförts i ett antal yttranden till domstolen, nämligen att sammanhanget i sin helhet är av betydelse.

47. Om slutsatsen av denna bevisning är att avtalet i betydande omfattning tjänade ett ändamål som rörde området för kundens affärs- eller yrkesverksamhet, kan artikel 13 och följande artiklar inte tillämpas, och det saknar betydelse huruvida ändamålet i fråga kunde fastställas objektivt av leverantören eller inte.

48. Om slutsatsen är att det inte fanns något betydande ändamål som rörde affärs- eller yrkesverksamhet, skall avtalet klassificeras som ett konsumentavtal. Svårigheter skulle i det fallet uppstå endast om leverantören trots denna slutsats likväl hade skälig anledning att av de omgivande omständigheterna tro att avtalet ingåtts för ett ändamål inom området för kundens affärs- eller yrkesverksamhet.

49. Vid ett sådant förhållande kan konsumenten enligt min mening inte nekas skyddet enligt artikel 13 och följande artiklar i konventionen, såvida han inte betedde sig på ett sådant sätt att det ledde till den uppenbara slutsatsen att han handlade i sin affärs- eller yrkesverksamhet och sålunda kan anses ha uppträtt som en person som ingår avtal inom ramen för sin affärsverksamhet.

50. Medan bestämmelserna om konsumentavtal inte får tolkas så att det skydd de ger utvidgas till att omfatta dem för vilka skyddet inte är berättigat, får de inte heller tolkas så att skyddet nekas dem för vilka det är avsett. Detta skydd är utan tvekan avsett för alla personer som ingår ett avtal enbart eller till övervägande del för ändamål som kan anses ligga utanför hans affärs- eller yrkesverksamhet. Betydelsen av det ifrågavarande syftet betonas ytterligare i artikel 153 EG, enligt vilken samma övergripande mål att säkerställa en hög konsumentskyddsnivå eftersträvas.

51. Om en konsument emellertid uppträder som om han handlade inom ramen för sin affärsverksamhet eller yrkesverksamhet — genom att exempelvis korrespondera på företagets brevpapper, få varor levererade till företagets adress eller nämna möjligheten att återvinna mervärdesskatt — och hans leverantör är i god tro och inte har några skäl att tro något annat, kan konsumenten, såsom hävdas i Giuliano/Lagarde-rapporten, rättmätigt anses ha förlorat sin rätt till detta skydd.

52. Mot bakgrund av ovanstående överväganden kan avtalet mellan Johann Gruber och BayWa sannolikt inte klassificeras som ett konsumentavtal för tillämpningen av konventionen. De övriga frågor som hänskjutits till domstolen, och som endast är

relevanta om ett avtal kan klassificeras på det sättet, kommer därför inte att uppstå. Denna bedömning ankommer emellertid på den nationella domstolen och jag skall därför undersöka dessa frågor trots allt.

Tidigare annonsering i den stat där konsumenten har sin hemvist

53. Bakgrunden till den nationella domstolens fjärde fråga är att Johann Gruber visserligen fick kännedom om BayWas verksamhet genom det reklammaterial som sändes till honom i Österrike men att det i detta material inte fanns några uppgifter om de tegelpannor som han önskade köpa och faktiskt köpte. Omfattas denna situation av begreppet ett avtal som "föregicks av ... annonsering"?

54. I Schlosserrapporten hänvisas till Giuliano/Lagarde-rapporten för detaljerade uppgifter om vad som menas med annonsering i den stat där konsumenten har sin hemvist.

55. I den sistnämnda rapporten anges att villkoret [14] "... avser situationer där affärsmannen har vidtagit åtgärder för att marknadsföra sina varor eller tjänster i det land där konsumenten är bosatt. Det avses omfatta bland annat postorder och försäljning vid dörr. Affärsmannen måste således ha genomfört vissa handlingar som annonsering i pressen, i radio eller teve, på biograf eller genom kataloger som specifikt riktas till det landet, eller ha lämnat individuella köpeanbud genom mellanhand eller hembesök. ..." [15]

56. I två fall har den tyska Bundesgerichtshof frågat domstolen huruvida det enligt bestämmelsen krävs ett samband mellan annonseringen och ingåendet av avtalet, [16] men domstolen fastställde i de båda fallen att artikel 13.3 a i Brysselkonventionen inte var tillämplig med stöd av andra skäl och prövade inte denna aspekt.

57. I målet Shearson Lehmann Hutton framförde generaladvokaten Darmon emellertid uppfattningen att det inte var nödvändigt att fastställa ett orsakssamband mellan annonseringen och ingåendet av avtalet. [17] Han påpekade att konventionen inte kräver att konsumenten skall bevisa att han faktiskt påverkades av annonseringen eller att det fanns ett orsakssamband mellan annonseringen och ingåendet av avtalet, ett krav som det i alla händelser i allmänhet skulle vara omöjligt att uppfylla. Ett sådant synsätt

14 — I artikel 5.2 första strecksatsen i Romkonventionen.

15 — Den ovan i fotnot 6 nämnda rapporten, s. 24.

16 — Domen i målet Shearson Lehmann Hutton (ovan fotnot 7), den andra frågan, dom av den 15 september 1994 i mål C-318/93, Brenner and Noller (REG 1994, s. I-4275), den tredje frågan.

17 — Se särskilt punkterna 81–85 i förslaget till avgörande, och punkt 113.2 i det alternativa förslaget till avgörande.

skulle dessutom strida mot målet för konsumentskydd, som endast kan begränsas genom själva ordalydelsen i konventionen. Den enda tänkbara begränsningen är en förnuftsmässig begränsning, det vill säga annonseringen kan inte ha varit alltför avlägsen i tiden från ingåendet av avtalet. Det är en bedömning som omfattas av den nationella domstolens behörighet. Generaladvokaten Darmon ansåg således att det i artikel 13.3 a i konventionen "föreskrivs ett slags obestridlig presumtion att det finns ett samband mellan reklamutgivningen och ingåendet av avtalet där den förstnämnda föregick det sistnämnda".

58. Av de parter som har ingivit yttranden på denna punkt är den portugisiska regeringen den enda som anser att det, för att bestämmelserna om konsumentskydd skall kunna tillämpas, krävs ett nära samband mellan de varor eller tjänster som har annonserats och de varor eller tjänster som har anskaffats. De andra parterna är i huvudsak överens om att det räcker att konsumenten har erhållit reklammaterialet och följaktligen har anskaffat varor eller tjänster från annonsören, oavsett den exakta karaktären på dessa. Även den portugisiska regeringen har godtagit att det inte krävs någon strikt identitet mellan de varor som har annonserats och dem som har anskaffats, förutsatt att varorna är liknande eller ingår i samma verksamhetsområde.

59. Kommissionen har, utöver den svårighet som ligger i att fastställa ett specifikt orsakssamband, särskilt pekat på risken att leverantörer kan avfatta sin annonsering i sådana ordalag att artikel 13 och följande artiklar faktiskt inte kan tillämpas och på så sätt kringgå syftet med konventionen.

60. Jag kan endast instämma i det synsätt som generaladvokaten Darmon framfört i målet Shearson Lehmann Hutton och som förespråkats i större delen av yttrandena till domstolen. Såsom har påpekats talas det i konventionen endast om ett avtal som har "föregåtts" av, inte som har "åstadkommits" genom, annonsering.

61. Den situation som avses i artikel 13.3 a är i huvudsak en situation där annonseringen avsiktligt är gränsöverskridande. En affärsman i en konventionsstat, som annonserar sina varor eller tjänster för enskilda i en annan konventionsstat, skall vara medveten om att alla sådana avtal är konsumentavtal för tillämpningen av konventionen, såvida de övriga relevanta villkoren är uppfyllda. Ett synsätt som är beroende av att det fastställs ett specifikt samband mellan annonseringen och de varor eller tjänster som faktiskt anskaffas kan inte uppfylla kriteriet rättssäkerhet.

62. Vidare begränsas syftet med kommersiell annonsering sällan, om någonsin, till säljfrämjande insatser för vissa varor med uteslutande av all annan affärsverksamhet. Tvärtom är syftet i allmänhet att göra annonsören och hans verksamhetsområde så vida kända som möjligt och att åstadkomma maximal handel i så många verksamhetsområden som möjligt. Omvänt inträffar det ofta att en mottagare av reklammaterial, som finner den allmänna karaktären på annonsörens affärsverksamhet tilltalande, kommer att undersöka denna

ytterligare och anskaffa varor eller tjänster som inte specifikt nämns i detta material.

63. Ingåendet av ett avtal måste följaktligen anses ha föregåtts av annonsering i den stat där konsumenten har hemvist, i den mening som avses i artikel 13.3 a i Brysselkonventionen, då leverantören tidigare annonserade varor eller tjänster i den staten, även om han inte nämnde de specifika produkter som konsumenten anskaffat.

Särskilt anbud riktat till konsumenten

64. Den nationella domstolen har i sin femte fråga även velat få vägledning beträffande det alternativa villkoret i artikel 13.3 a att ett avtal skall föregås av ett särskilt anbud riktat till konsumenten i den stat där han har sin hemvist. Omfattar detta begrepp en situation där leverantören lämnar ett anbud per telefon till kunden i den stat där denna har sin hemvist, följt av ett skriftligt erbjudande som överräcks till kunden i leverantörens stat, och där det är det sistnämnda anbudet som kunden accepterar?

65. I de yttranden som har ingivits till domstolen är man i huvudsak överens om att villkoret är uppfyllt under de beskrivna omständigheterna. Den portugisiska regeringen har dock betonat att de två anbuden måste gälla samma vara. Kommissionen har påpekat att villkoret återigen endast är att avtalet skall föregås av ett särskilt anbud som riktats till konsumenten i den stat där han har sin hemvist, inte att det måste grundas på detta anbud.

66. Återigen instämmer jag i det synsätt som har förespråkats. Det skriftliga anbudet som har överräckts till Johann Gruber i Tyskland kan under förhållandena i förevarande fall inte anses ha riktats till honom i den stat där han har sin hemvist, nämligen Österrike. Dock erhöll han, när han var i Österrike, ett muntligt anbud som klart motsvarade definitionen i artikel 13.3 a. Detta anbud föregick ingåendet av avtalet.

67. Det är kanske trots det lämpligt att skilja mellan ett "särskilt anbud" och "annonsering". Annonseringen är till sin karaktär allmän medan anbudet uttryckligen definieras som särskilt. Medan det således inte krävs att reklammaterialet skall avse samma varor eller tjänster som de varor eller tjänster som därefter har anskaffats, tycks det krävas att det skall föreligga en huvudsaklig identitet mellan de varor eller tjänster som framlagts i ett särskilt anbud och de varor eller tjänster som har anskaffats. Om telefonanbudet till Johann Gruber således hade

avsett tegelpannor och det skriftliga anbudet och följande köp hade avsett takbjälkar, skulle villkoret "särskilt anbud" inte ha varit uppfyllt.

68. Jag anser således att då en konsument i den stat där han har sin hemvist erhåller ett särskilt anbud per telefon från en leverantör i en annan stat och därefter från denna leverantör anskaffar de varor eller tjänster som erbjudits på detta sätt, måste ingåendet av avtalet anses ha föregåtts av ett särskilt anbud i den mening som avses i artikel 13.3 a i Brysselkonventionen, även om de faktiska villkoren i avtalet grundas på ett följande anbud som inte erhållits i den stat där konsumenten har hemvist.

Åtgärder som är nödvändiga för avtalets ingående

69. Den nationella domstolens sista fråga gäller huruvida en konsument vidtar de åtgärder som är nödvändiga för ingående av ett avtal i den stat där han har hemvist, i den mening som avses i artikel 13.3 b, då ett anbud lämnas honom i leverantörens stat och han per telefon från sin egen stat accepterar detta anbud.

70. Av bestämmelsens ordalag tycks det framgå att frågan skall besvaras jakande — såsom faktiskt föreslagits av alla de parter som ingivit yttranden på denna punkt — och denna uppfattning bekräftas i Schlosserrapporten och i Giuliano/Lagarde-rapporten.

71. I Schlosserrapporten anges att "de nya bestämmelserna än en gång följer det preliminära utkastet till konvention om tillämplig lag för avtalsförpliktelser och utomobligatoriska förpliktelser. Både de villkor som avses i artikel 13.3 — ett anbud eller annonsering i den stat där konsumenten har hemvist, och de för avtalets ingående nödvändiga åtgärder som konsumenten i den staten vidtar — måste vara uppfyllda". [18]

72. I Giuliano/Lagarde-rapporten anges att orden "nödvändiga åtgärder från hans sida uttryckligen vidtogs ... för att undvika det klassiska problemet att fastställa den plats där avtalet ingicks. Detta är en särskilt känslig fråga i de angivna situationerna, på grund av att det gäller internationella avtal som normalt ingås genom skriftväxling. Orden "åtgärder" inbegriper bland annat skrivande eller varje åtgärd som vidtas till följd av ett anbud eller en annonsering". [19]

18 — Den ovan i fotnot 4 nämnda rapporten, s. 118.
19 — På s. 24.

73. Sålunda är platsen där anbudet lämnas irrelevant, förutsatt att det finns ett anbud (eller en annons) som konsumenten har erhållit i den stat där han har sin hemvist. Det som har betydelse är huruvida konsumenten vidtar de för avtalets ingående nödvändiga åtgärderna i den stat där han har sin hemvist. Det är även irrelevant vilka kommunikationssätt som används för att ingå avtalet.

74. Det är klart att då en konsument telefonerar från sitt hem för att acceptera ett anbud är denna åtgärd nödvändig för avtalets ingående. Även om det har förekommit tidigare diskussioner eller förhandlingar i leverantörens stat, varigenom avtalets villkor utformats, är det å andra sidan troligt att det är leverantören och inte konsumenten som vidtar dessa åtgärder, och under alla förhållanden troligt att åtgärderna föregår avtalets ingående.

75. För tillämpningen av artikel 13.3 a vidtar en konsument följaktligen de för ingående av ett avtal nödvändiga åtgärderna i den stat där han har sin hemvist, om han från denna stat meddelar att han accepterar anbudet, oberoende av orten där anbudet lämnades och oberoende av det kommunikationssätt som använts.

Förslag till avgörande

76. Jag föreslår därför att domstolen skall besvara frågorna från Oberster Gerichtshof på följande sätt:

"1) En person som ingår ett avtal för ändamål som delvis ligger inom och delvis ligger utanför hans affärsverksamhet eller yrkesverksamhet kan inte vara i den ställningen att han kan åberopa det långtgående skydd som ges genom artikel 13 och följande artiklar i Brysselkonventionen, såvida inte ändamålet för affärsverksamheten eller yrkesverksamheten är obetydligt.

2) När det skall fastställas huruvida en person har ingått ett avtal för ett ändamål som kan anses ligga utanför hans affärsverksamhet eller yrkesverksamhet, i den mening som avses i artikel 13 och följande artiklar i Brysselkonventionen, behöver hänsyn inte tas till omständigheter som objektivt kan fastställas av den andra parten i avtalet, såvida inte konsumenten framträtt som om han handlade inom ramen för sin affärsverksamhet eller yrkesverksamhet och den andra parten var i god tro och inte hade några skäl att tro något annat.

3) Ingåendet av ett avtal måste anses ha föregåtts av annonsering i den stat där konsumenten har hemvist, i den mening som avses i artikel 13.3 a i Brysselkonventionen, då leverantören tidigare annonserade varor eller tjänster i den staten, även om han inte nämnde de specifika produkter som konsumenten har anskaffat.

4) Då en konsument i den stat där han har sin hemvist erhåller ett särskilt anbud per telefon från en leverantör i en annan stat och därefter från denna leverantör anskaffar de varor eller tjänster som erbjudits på detta sätt, måste ingåendet av avtalet anses ha föregåtts av ett särskilt anbud i den mening som avses i artikel 13.3 a i Brysselkonventionen, även om de faktiska villkoren i avtalet grundas på ett följande anbud som inte erhållits i den stat där konsumenten har hemvist.

5) För tillämpningen av artikel 13.3 a vidtar en konsument de för ingående av ett avtal nödvändiga åtgärderna i den stat där han har sin hemvist, om han från denna stat meddelar att han accepterar anbudet, oberoende av orten där anbudet lämnades och oberoende av det kommunikationssätt som använts."