MARTÍN MARTÍN

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT V. TRSTENJAK

fremsat den 7. maj 2009 [1]

Indhold

I — Indledning . . . . . I - 11942

II — Retsforskrifter . . . . . I - 11942

A — Fællesskabsret . . . . . I - 11942

1. EF-traktaten . . . . . I - 11942

2. Direktiv 85/577 . . . . . I - 11944

B — Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder . . . . . I - 11946

C — National ret . . . . . I - 11947

III — Faktiske omstændigheder, hovedsagen og det præjudicielle spørgsmål . . . . . I - 11948

IV — Sagen ved Domstolen . . . . . I - 11949

V — Parternes argumenter . . . . . I - 11950

VI — Generaladvokatens bedømmelse . . . . . I - 11954

A — Indledning . . . . . I - 11954

B — Analyse af det præjudicielle spørgsmål . . . . . I - 11955

1. Indledende betragtninger vedrørende det præjudicielle spørgsmål . . . . . I - 11955

a) Fællesskabsbestemmelser, som den forelæggende ret har anmodet om en fortolkning af . . . . . I - 11955

b) Problemer rejst i forbindelse med det præjudicielle spørgsmål . . . . . I - 11957

2. Er muligheden for at erklære aftaler for relativt ugyldige en egnet foranstaltning i medfør af artikel 4, stk. 3, i direktiv 85/577? . . . . . I - 11958

1 — Originalsprog: slovensk.

3. Hovedregel: Fællesskabslovgivningen indeholder ingen generel forpligtelse til at handle af egen drift . . . . . I - 11962

4. Undtagelse til hovedreglen: retspraksis vedrørende direktiv 93/13 og 87/102 I - 11963

a) Retspraksis vedrørende direktiv 93/13 . . . . . I - 11963

b) Retspraksis vedrørende direktiv 87/102 . . . . . I - 11965

5. Anvendelse af retspraksis vedrørende direktiv 93/13 og 87/102 på den foreliggende sag . . . . . I - 11965

6. Er den nationale rets beføjelse til at behandle sager af egen drift en ret eller en pligt? . . . . . I - 11973

C — Konklusion . . . . . I - 11974

VII — Forslag til afgørelse . . . . . I - 11975

I — Indledning

1. I nærværende sag rejses spørgsmålet om, hvorvidt den nationale domstol af egen drift kan erklære aftaler indgået uden for fast forretningssted for ugyldige med den begrundelse, at forbrugeren ikke er blevet oplyst om retten til at opsige aftalen, på trods af at domstolen i henhold til den gældende nationale lovgivning ikke har ret til at gribe ind af egen drift, idet det i henhold til lovgivningen derimod påhviler den forbruger, der ikke måtte have modtaget disse oplysninger, at nedlægge påstand om, at aftalen er ugyldig. Sagen omhandler fortolkningen af EF-traktatens bestemmelser om forbrugerbeskyttelse og fortolkningen af artikel 4, stk. 3, i Rådets direktiv 85/577/EØF af 20. december 1985 om forbrugerbeskyttelse i forbindelse med aftaler indgået uden for fast forretningssted [2] (herefter »direktiv 85/577«), hvorefter medlemsstaterne skal sørge for at fastsætte egnede foranstaltninger til beskyttelse af forbrugeren, hvis denne ikke oplyses om retten til at opsige aftalen.

2. Ved aftaler indgået uden for fast forretningssted afhænger forbrugerbeskyttelsen ikke blot af forbrugerens ret til at opsige denne aftale, men ligeledes af, at forbrugeren orienteres behørigt om denne rettighed, og at der sikres egnede og effektive foranstaltninger for det tilfælde, at denne oplysning ikke gives. Faktisk forholder det sig således, at en

2 — EFT L 372 af 31.12.1985, s. 31.

forbruger ved indgåelsen af en aftale af denne art ofte ikke er i stand til at foretage en objektiv vurdering af alle de konsekvenser, som følger af en sådan aftale. Da forbrugeren i kontraktsammenhæng er den svageste part, er det i denne sag nødvendigt at fastslå, hvorvidt det med henblik på effektivt at beskytte forbrugerens rettigheder er nødvendigt, at de nationale domstole af egen drift iværksætter foranstaltninger for at sikre denne beskyttelse i sager om aftaler af den nævnte art.

t) bidrag til styrkelse af forbrugerbeskyttelse

[…]«

II — Retsforskrifter

4. Artikel 95 EF bestemmer:

A — *Fællesskabsret*

»[…]

1. EF-traktaten

3. Artikel 3 EF bestemmer:

»1. Med de i artikel 2 nævnte mål for øje skal Fællesskabets virke under de betingelser og i det tempo, som er foreskrevet i denne traktat, indebære:

3. Kommissionens forslag i henhold til stk. 1 inden for sundhed, sikkerhed, miljøbeskyttelse og forbrugerbeskyttelse skal bygge på et højt beskyttelsesniveau under hensyntagen til navnlig enhver ny udvikling baseret på videnskabelige kendsgerninger. Inden for deres respektive kompetenceområder bestræber Europa-Parlamentet og Rådet sig også på at nå dette mål.

[…]

[…]«

5. Artikel 153 EF bestemmer:

»1. For at fremme forbrugernes interesser og sikre et højt forbrugerbeskyttelsesniveau bidrager Fællesskabet til at beskytte forbrugernes sundhed, sikkerhed og økonomiske interesser og til at fremme deres ret til oplysning og uddannelse og til at organisere sig for at beskytte deres interesser.

2. Forbrugerbeskyttelseshensyn inddrages ved udformningen og gennemførelsen af andre af Fællesskabets politikker og aktiviteter.

3. Fællesskabet bidrager til at nå målene i stk. 1 ved:

a) foranstaltninger, som det vedtager i henhold til artikel 95 som led i gennemførelsen af det indre marked

b) foranstaltninger, som støtter, supplerer og overvåger den politik, medlemsstaterne fører.

4. Rådet vedtager efter fremgangsmåden i artikel 251 og efter høring af Det Økonomiske og Sociale Udvalg de foranstaltninger, der er omhandlet i stk. 3, litra b).

5. Foranstaltninger, som vedtages i medfør af stk. 4, er ikke til hinder for, at den enkelte medlemsstat opretholder eller indfører strengere beskyttelsesforanstaltninger. Disse foranstaltninger skal være forenelige med denne traktat. De meddeles Kommissionen.«

2. Direktiv 85/577

6. I fjerde, femte og sjette betragtning til direktiv 85/577 fastslås følgende:

»Det er et typisk træk ved aftaler, der indgås uden for den erhvervsdrivendes faste forretningssted, at det som regel er den erhvervsdrivende, der tager initiativet til forhandlingerne, og at forbrugerne slet ikke er forberedt på disse forhandlinger og bliver overrumplet; ofte kan forbrugeren ikke sammenligne tilbudets kvalitet og pris med andre tilbud; dette overraskelsesmoment gør sig i almindelighed

gældende ikke alene i forbindelse med aftaler, der indgås ved døren, men også ved andre former for aftaler, som den erhvervsdrivende indgår uden for sit faste forretningssted.

Forbrugeren bør have en frist på mindst syv dage til at træde tilbage fra aftalen [3], således at han har mulighed for at vurdere de forpligtelser, aftalen medfører.

Der bør træffes passende foranstaltninger for at sikre, at forbrugeren skriftligt gøres opmærksom på denne fortrydelsesret.«

3 — I forbindelse med begreberne »opsigelse« og »tilbagetræden« bedes det noteret, at der i direktiv 85/577 anvendes to udtryk, og netop i artikel 4, stk. 1, fastslås det, at forbrugeren har »ret til […] at opsige aftalen« (»droit de résiliation/résilier«, »Widerrufsrecht«, »right of cancellation«, »derecho de rescisión/a rescindir«), mens det i artikel 5, stk. 1, fastslås, at forbrugeren har »ret til at træde tilbage fra aftalen« (»droit de renoncer aux effets de son engagement«, »das Recht, von der eingegangenen Verpflichtung zurückzutreten«, »right to renounce the effects of his undertaking«, »derecho de renunciar a los efectos de su compromiso«). Hvad angår den tyske sprogudgave af direktiv 85/577 gør jeg opmærksom på, at der i fjerde betragtning anvendes samme udtryk som i artikel 5, stk. 1 (»das Recht, […] zurückzutreten«). En retssammenlignende analyse af de juridiske begreber »opsigelse« og »tilbagetræden« ville ligge uden for grænserne af den analyse, der er foretaget i nærværende forslag til afgørelse, da det er de enkelte medlemsstaters lovgivninger, der er afgørende for retsvirkningerne af disse to begreber. Jeg begrænser mig til at gøre opmærksom på, at jeg i nærværende forslag til afgørelse ikke anvender begge begreber, men derimod kun »opsigelse af aftalen«.

7. I artikel 1, stk. 1, i direktiv 85/577 bestemmes følgende:

»Dette direktiv gælder for aftaler indgået mellem en erhvervsdrivende, der leverer varer eller tjenesteydelser, og en forbruger:

[…]

— i forbindelse med den erhvervsdrivendes besøg

i) hos forbrugeren eller en anden forbruger

[…]

såfremt besøget ikke sker efter udtrykkelig anmodning fra forbrugeren.«

8. I artikel 4 i direktiv 85/577 bestemmes følgende:

»Ved retshandler som omhandlet i artikel 1 skal den erhvervsdrivende skriftligt oplyse forbrugeren om dennes ret til inden for de i artikel 5 fastsatte frister at opsige aftalen samt om navn og adresse på en person, over for hvem denne ret kan udøves. En sådan skriftlig meddelelse skal være dateret og indeholde oplysninger, som gør det muligt at identificere det pågældende kontraktforhold. Meddelelsen afgives til forbrugeren:

a) i det i artikel 1, stk. 1, omhandlede tilfælde samtidig med, at aftalen indgås

b) i det i artikel 1, stk. 2, omhandlede tilfælde senest ved aftalens indgåelse

c) i det i artikel 1, stk. 3 og 4, omhandlede tilfælde, når forbrugeren afgiver tilbudet.

Medlemsstaterne sørger for, at der i deres nationale lovgivning fastsættes egnede foranstaltninger til beskyttelse af forbrugeren, hvis den i denne artikel omhandlede meddelelse ikke gives.«

9. Artikel 5 i direktiv 85/577 har følgende ordlyd:

»1. Forbrugeren har ret til at træde tilbage fra aftalen ved i overensstemmelse med den fremgangsmåde og de betingelser, der gælder i henhold til national ret, at give meddelelse herom inden for en frist på mindst syv dage [4] at regne fra det tidspunkt, hvor forbrugeren har modtaget de i artikel 4 omtalte oplysninger. Det er dog tilstrækkeligt, at meddelelsen er afsendt inden fristens udløb.

2. Denne meddelelse har den virkning, at forbrugeren frigøres fra enhver forpligtelse i henhold til den aftale, som forbrugeren er trådt tilbage fra.«

B — *Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder*

10. Artikel 38 i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder [5]

4 — Fodnoten vedrører udelukkende den slovenske version af dette forslag til afgørelse.

5 — Chartret blev højtideligt proklameret i Nice den 7.12.2000 (EFT C 364, s. 1). Denne højtidelige proklamation blev gentaget den 12.12.2007 i Strasbourg (EUT C 303, s. 1).

(herefter »chartret«) med overskriften »Forbrugerbeskyttelse« har følgende ordlyd:

»Der sikres et højt forbrugerbeskyttelsesniveau i Unionens politikker.«

C — *National ret*

11. Direktiv 85/577 er gennemført i spansk lovgivning ved lov nr. 26 af 21. november 1991 om aftaler indgået uden for fast forretningssted [6] (herefter »lov nr. 26/1991«).

12. I artikel 3 i lov nr. 26/1991 bestemmes følgende:

»1. Den i artikel 1 omhandlede aftale eller kontrakttilbuddet skal nedfældes på skrift i to eksemplarer, ledsages af et dokument om fortrydelsesret [7] samt dateres og underskrives af forbrugeren selv.

2. Aftaledokumentet skal med fremhævet skrift og umiddelbart oven for det sted, der er forbeholdt forbrugerens underskrift, indeholde en klar og præcis omtale af forbrugerens ret til at tilbagekalde den afgivne accept og af betingelserne for og konsekvenserne af denne rets udøvelse.

3. Dokumentet om fortrydelsesret skal klart og tydeligt indeholde angivelsen »dokument om fortrydelsesret« og anføre navn og adresse på den person, som det skal sendes til, samt indeholde oplysninger, der gør det muligt at identificere den aftale og de aftaleparter, som dokumentet vedrører.

4. Når kontrakten er underskrevet, skal den erhvervsdrivende eller dennes repræsentant give forbrugeren det ene af de to eksemplarer samt dokumentet om fortrydelsesret.

5. Den erhvervsdrivende har bevisbyrden for, at de i denne bestemmelse fastsatte forpligtelser er overholdt.«

6 — Ley 26/1991, de 21 de noviembre, sobre contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles, BOE af 26.11.1991, s. 283/1991.

7 — I lov nr. 26/1991 benyttes begrebet »fortrydelse«.

13. I artikel 4 i lov nr. 26/1991 defineres retsvirkningerne af manglende overholdelse af betingelserne i lovens artikel 3:

»Indgås en aftale, eller fremsættes et tilbud under manglende overholdelse af de i foregående artikel fastsatte krav, kan aftalen på forbrugerens anmodning erklæres ugyldig.

Den erhvervsdrivende kan under ingen omstændigheder påberåbe sig denne ugyldighedsgrund, medmindre den manglende overholdelse udelukkende skyldes forbrugerens forhold.«

14. I artikel 9 i lov nr. 26/1991 bestemmes følgende:

»Forbrugerens rettigheder i henhold til denne lov kan ikke fraviges. Dog skal kontraktbestemmelser, som er mest fordelagtige for forbrugeren, anses for gyldige.«

III — Faktiske omstændigheder, hovedsagen og det præjudicielle spørgsmål

15. Den 20. maj 2003 underskrev Eva Martín Martín på sin bopæl en kontrakt med repræsentanten for forlaget EDP Editores SL (herefter »EDP«) vedrørende køb af 15 bind i en serie, fem dvd'er og en dvd-afspiller [8]. Varerne blev leveret den 2. juni 2003. Købsprisen udgjorde 1 909 EUR, hvoraf Eva Martín Martín har betalt 47,48 EUR, men har undladt at betale restbeløbet på 1 861,52 EUR.

16. Da EDP ikke havde modtaget betaling for de leverede varer, anmodede forlaget Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Salamanca (retten i første instans nr. 1 i Salamanca) om at udstede et betalingspålæg, hvorved det blev pålagt Eva Martín Martín at betale restbeløbet på 1 861,52 EUR med tillæg af morarenter efter den lovbestemte sats. Eva Martín Martín appellerede dommen af 14. juni 2007, hvorved hun blev tilpligtet at betale det krævede beløb, til Audiencia Provincial de Salamanca (regional domstol) (herefter »den forelæggende ret«).

17. I forelæggelseskendelsen gør den forelæggende ret gældende, at den omtvistede aftale muligvis vil kunne erklæres for ugyldig,

8 — Det bør præciseres, at kundens navn i bestillingsformularen er anført som Juan Caballo Bueno, der lever i et papirløst parforhold med Eva Martín Martín, men at underskriften på aftalen imidlertid er sidstnævntes. I hele behandlingen af sagen ved de spanske domstole blev Eva Martín Martín anset for at være den eneste kontrahent.

da forbrugeren ikke er blevet oplyst om sin ret til at opsige aftalen inden for syv dage fra modtagelsen af varerne samt om betingelserne for og konsekvenserne af denne rets udøvelse. Den forelæggende ret understreger ligeledes, at forbrugeren hverken over for retten i første instans eller under appelsagen har påberåbt sig, at aftalen er ugyldig.

18. I denne forbindelse henviser den forelæggende ret til, at det i henhold til spansk lovgivning, nærmere betegnet artikel 4 i lov nr. 26/1991, påhviler forbrugeren selv at anmode om, at kontrakten erklæres for ugyldig, såfremt pligten til at oplyse forbrugeren om dennes fortrydelsesret ikke er opfyldt ved indgåelsen af kontrakten. I henhold til spansk lovgivning forholder det sig endvidere sådan, at forhandlingsmaksimen (»*principio de rogación*«) er gældende i spansk civilret, og i medfør heraf må retten ikke tage faktiske omstændigheder, beviser og anbringender i betragtning, som parterne ikke har påberåbt sig. Den forelæggende ret ønsker således afklaret, om den i den foreliggende sag skal indskrænke sig til at behandle de anbringender, som parterne har gjort gældende i appelsagen, eller om retten i medfør af direktiv 85/577 af egen drift kan erklære en aftale for ugyldig.

19. Henset til disse betragtninger har den forelæggende ret ved kendelse af 20. maj 2008 udsat sagen og forelagt Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»Skal artikel 153, sammenholdt med artikel 3 og 95 i traktaten om oprettelse af De Europæiske Fællesskaber, artikel 38 i Den Europæiske Union charter om grundlæggende rettigheder og Rådets direktiv 85/577/EØF af 20. december 1985 om forbrugerbeskyttelse i forbindelse med aftaler indgået uden for fast forretningssted, og navnlig dette direktivs artikel 4, fortolkes således, at en ret, som skal påkende en appel iværksat til prøvelse af en dom afsagt i første instans, af egen drift kan erklære en aftale omfattet af nævnte direktivs anvendelsesområde for ugyldig, når den sagsøgte forbruger, som led i sit forsvar mod en påstand om betaling, ikke på noget tidspunkt under den mundtlige forhandling eller under appelsagen har påberåbt sig, at aftalen er ugyldig?«

IV — Sagen ved Domstolen

20. Forelæggelseskendelsen er indgået til Domstolen den 26. maj 2008. Der er afgivet skriftlige indlæg af EDP, den spanske og den østrigske regering samt Kommissionen. Under retsmødet den 12. marts 2009 har EDP, den spanske regering, den tjekkiske regering — der ikke har afgivet skriftlige indlæg — samt Kommissionen fremsat

mundtlige indlæg og besvaret spørgsmål fra Domstolen.

V — Parternes argumenter

21. *EDP* har gjort gældende, at artikel 4 i direktiv 85/577 ikke kan fortolkes således, at den nationale domstol af egen drift kan erklære en aftale, der er indgået med en forbruger uden for fast forretningssted, for ugyldig, såfremt forbrugeren ikke har påberåbt sig, at aftalen er ugyldig.

22. Til støtte for sin opfattelse har EDP understreget, at det i artikel 4 i direktiv 85/577 bestemmes, at medlemsstaterne skal sørge for, at der i deres nationale lovgivning fastsættes egnede foranstaltninger til beskyttelse af forbrugeren, og at det ikke i nogen af dette direktivs bestemmelser fastslås, at den nationale ret af egen drift kan erklære aftalen for ugyldig, medmindre forbrugeren har påberåbt sig dette. Ifølge EDP er gældende spansk lovgivning [9], hvorved forbrugeren tilpligtes at nedlægge påstand om, at kontrakten erklæres for ugyldig, derfor ikke i strid med artikel 4 i direktiv 85/577, men yder derimod en omfattende beskyttelse af forbrugerrettighederne. Efter EDP's mening vil det i denne forbindelse desuden være hensigtsmæssigt at efterprøve, om en national bestemmelse i praksis gør det umuligt eller urimeligt vanskeligt at udøve de rettigheder, der er afledt af fællesskabsretten [10].

23. EDP har endvidere præciseret, at der i spansk lovgivning sondres mellem relativ ugyldighed og absolut ugyldighed. Forlaget understreger, at der i forbindelse med aftaler indgået uden for fast forretningssted er tale om relativ ugyldighed, og at aftalerne kun kan erklæres ugyldige på begæring af den pågældende part. Hvis der var tale om absolut ugyldighed, fastslås det i spansk lovgivning, at adgangen til at anlægge sag herom ikke kan forældes, og at den ligeledes kan anlægges af tredjemand, samt at retten ydermere af egen drift kan erklære aftalen for ugyldig.

24. *Den spanske regering* har gjort gældende, at artikel 4 i direktiv 85/577 ikke nødvendigvis bør fortolkes således, at den nationale ret af egen drift kan erklære en aftale, der er indgået uden for fast forretningssted, for ugyldig i de tilfælde, hvor forbrugeren ikke på noget tidspunkt under behandlingen af sagen har påberåbt sig, at aftalen er ugyldig.

25. Ifølge den spanske regering svarer det forbrugerbeskyttelsesniveau, der sikres ved lov nr. 26/1991, fuldt ud til kravene i EF-

9 — EDP gør gældende, at kongeligt lovdekret af 16.11.2007 (Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre), som ophævede lov nr. 26/1991, finder anvendelse på nærværende sag. I henhold til den spanske regerings præcisering (jf. fodnote 11 i nærværende forslag til afgørelse) finder bestemmelserne i lov nr. 26/1991 anvendelse på den foreliggende sag, da de var gældende på tidspunktet for de faktiske omstændigheder.

10 — EDP henviser i denne forbindelse til dom af 14.12.1995, sag C-312/93, Peterbroeck, Sml. I, s. 4599, præmis 14.

traktaten og i direktiv 85/577, og efter den spanske regerings opfattelse gennemføres det nævnte direktivs bestemmelser således fuldstændigt og korrekt i spansk lovgivning med denne lov [11]. Artikel 4 i lov nr. 26/1991 yder forbrugeren en passende beskyttelse, idet det heri fastslås, at forbrugeren kan påberåbe sig, at en aftale er ugyldig, hvis han ikke er blevet oplyst om sin fortrydelsesret. Den spanske regering har gjort gældende, at den forpligtelse, der påhviler medlemsstaterne i medfør af direktivets artikel 4 — dvs. at sørge for, at der i deres nationale lovgivning fastsættes egnede foranstaltninger til beskyttelse af forbrugeren — kan opfyldes på forskellige måder, herunder ved at give forbrugeren mulighed for at påberåbe sig, at aftalen er ugyldig. Ifølge den spanske regering er det op til den enkelte medlemsstat at beslutte, hvordan den vil sikre denne beskyttelse af forbrugeren.

26. Den spanske regering har gjort gældende, at det af Domstolens praksis vedrørende Rådets direktiv 93/13/EØF af 5. april 1993 om urimelige kontraktvilkår i forbrugeraftaler [12] (herefter »direktiv 93/13«) fremgår, at retten bør have mulighed for af egen drift at erklære urimelige kontraktvilkår i forbrugeraftaler for ugyldige, såfremt det drejer sig om et ufravigeligt retsprincip. Den spanske regering har i denne forbindelse henvist til Océano Grupo-dommen [13], Cofidis-dommen [14] og Mostaza Claro-dommen [15]. Selv om den foreliggende sag ikke omhandler direktiv 93/13, men derimod direktiv 85/577, er det ifølge den spanske regering nødvendigt at tage ovennævnte retspraksis i betragtning ved behandlingen af sager vedrørende sidstnævnte direktiv. Det bør imidlertid fastslås, om nærværende sag omhandler et ufravigeligt retsprincip.

27. *Den østrigske regering* er af den opfattelse, at artikel 4 i direktiv 85/577 bør fortolkes således, at medlemsstaterne ikke skal pålægge deres domstole af egen drift at erklære en aftale indgået uden for fast forretningssted for ugyldig, såfremt forbrugeren ikke har påberåbt sig denne ugyldighed under den nationale domstols behandling af sagen.

28. Den østrigske regering har gjort gældende, at det ikke kan udledes af artikel 4 i direktiv 85/577, at kontrakten er ugyldig, udelukkende fordi den erhvervsdrivende ikke har orienteret forbrugeren om dennes ret til at træde tilbage fra kontrakten. Til forskel fra direktiv 85/577 bestemmes det udtrykkeligt i artikel 6, stk. 1, i direktiv 93/13, at »[m]-

11 — Selv om lov nr. 26/1991 er ophævet ved kongeligt lovdekret nr. 1/2007 af 16.11.2007 (Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre), var den ifølge den spanske regering stadig gældende i spansk lovgivning på tidspunktet for de faktiske omstændigheder.

12 — EFT L 95, s. 29.

13 — Dom af 27.6.2000, forenede sager C-240/98 — C-244/98, Océano Grupo Editorial og Salvat Editores, Sml. I, s. 4941.

14 — Dom af 21.11.2002, sag C-473/00, Cofidis, Sml. I, s. 10875.

15 — Dom af 26.10.2006, sag C-168/05, Mostaza Claro, Sml. I, s. 10421.

edlemsstaterne fastsætter, at urimelige kontraktvilkår i en aftale […] ikke binder forbrugeren«. Modsat fastslås det blot i direktiv 85/577's artikel 4, at »[m]edlemsstaterne sørger for, at der i deres nationale lovgivning fastsættes egnede foranstaltninger til beskyttelse af forbrugeren«. Ifølge den østrigske regering påhviler det i henhold til fast retspraksis og i mangel af fællesskabsbestemmelser på området hver enkelt medlemsstat i sin interne retsorden at fastsætte procesreglerne for sagsanlæg til sikring af beskyttelsen af de rettigheder, som fællesskabsretten afføder for de retsundergivne [16].

29. Den østrigske regering har ligeledes understreget, at medlemsstaterne kan træffe andre egnede foranstaltninger, såfremt forbrugeren ikke er blevet oplyst om sin fortrydelsesret, og anfører som eksempel, at forbrugeren til enhver tid har mulighed for at træde tilbage fra aftalen [17]. En anden mulig foranstaltning kunne være, at domstolene blev pålagt at oplyse forbrugeren om dennes fortrydelsesret. Rettens erklæring af egen drift om, at en aftale er ugyldig, er således kun en af de muligheder, som medlemsstaterne i medfør af artikel 4 i direktiv 85/577 har for at beskytte forbrugerne.

30. Den østrigske regering er derfor af den opfattelse, at det i henhold til artikel 4 i direktiv 85/577 ikke påhviler medlemsstaterne at sørge for, at de nationale domstole af egen drift erklærer aftaler ugyldige, såfremt forbrugeren ikke er blevet oplyst om sin fortrydelsesret.

31. *Kommissionen* mener derimod, at direktiv 85/577 skal fortolkes således, at såfremt en aftale indgås, uden at forpligtelsen til at oplyse forbrugeren om dennes fortrydelsesret opfyldes, bør den nationale domstol af egen drift tage stilling til denne tilsidesættelse og erklære aftalen ugyldig, også selv om forbrugeren ikke har påberåbt sig dette. Ifølge Kommissionen udgør forbrugerens mulighed for at kræve aftalen ophævet, såfremt han ikke er blevet oplyst om sin fortrydelsesret, ikke en egnet forbrugerbeskyttelsesforanstaltning i henhold til artikel 4 i direktiv 85/577, idet der er risiko for, at forbrugeren ikke er bekendt med sine rettigheder og af denne grund heller ikke gør dem gældende.

32. Kommissionen har understreget, at det i henhold til Domstolens praksis og i mangel af fællesskabslovgivning på området forholder sig således, at valget af de procedureformer, der har til formål at sikre den beskyttelse af rettigheder, som borgerne har krav på i henhold til fællesskabslovgivningen, i medfør af medlemsstaternes princip om, at

16 — Den østrigske regering henviser i denne forbindelse til dom af 16.12.1976, sag 33/76, Rewe-Zentralfinanz og Rewe-Zentral, Sml. s. 1989, præmis 5, og af 13.3.2007, sag C-432/05, Unibet, Sml. I, s. 2271, præmis 39.

17 — I denne forbindelse henviser den østrigske regering til dom af 13.12.2001, sag C-481/99, Heininger, Sml. I, s. 9945.

en retsinstans frit kan anvende sine egne processuelle regler, træffes på grundlag af medlemsstaternes interne retsorden, dog stadig forudsat, at disse procedureformer ikke er mindre gunstige end dem, der anvendes i tilsvarende situationer i den pågældende medlemsstat (ækvivalensprincippet), og at de i praksis ikke gør det umuligt eller urimeligt vanskeligt at udøve de rettigheder, der er afledt af fællesskabsretten (effektivitetsprincippet) [18]. Ifølge Kommissionen kan de nationale domstole endvidere kun handle af egen drift i undtagelsestilfælde, hvor almene hensyn kræver det [19].

33. Kommissionen har imidlertid gjort gældende, at Domstolen under henvisning til direktiv 93/13 allerede har fastslået, at de nationale domstole af egen drift kan vurdere, hvorvidt aftaler indgået med forbrugere indeholder urimelige kontraktvilkår [20]. Domstolen har ligeledes under henvisning til Rådets direktiv 87/102/EØF af 22. december 1986 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes love og administrative bestemmelser om forbrugerkredit [21] (herefter »direktiv 87/102«) fastslået, at den nationale domstol har ret til af egen drift at påse, at forbrugeren kan påberåbe sig visse rettigheder over for kreditgiveren [22]. Kommissionen har gjort gældende, at denne retspraksis ligeledes kan anvendes analogt på fortolkningen af direktiv 85/577.

34. Under retsmødet har Kommissionen tilføjet, at eventuelle andre foranstaltninger, herunder administrative sanktioner, tidsubegrænset mulighed for at træde tilbage fra aftalen eller domstolenes forpligtelse til at oplyse forbrugeren om dennes fortrydelsesret, ikke udgør egnede forbrugerbeskyttelsesforanstaltninger. Administrative foranstaltninger kan utvivlsomt have en præventiv virkning, men de ikke er beregnede til at beskytte den enkelte forbruger. Den tidsubegrænsede mulighed for at træde tilbage fra aftalen udgør ikke en egnet foranstaltning, da der foreligger risiko for, at forbrugeren ikke er bekendt med denne rettighed. Endelig er domstolenes forpligtelse til at oplyse om forbrugerens fortrydelsesret betinget af, at der findes nationale processuelle regler herom. Kommissionen har afslutningsvis gjort gældende, at forbrugeren, der i nogle tilfælde ønsker at opretholde aftalen, bør have mulighed for at modsætte sig ophævelsen af aftalen, hvilket i så fald vil medføre, at den pågældende aftale får bindende virkning over for forbrugeren.

18 — Kommissionen henviser i denne forbindelse til dom af 14.12.1995, forenede sager C-430/93 og C-431/93, van Schijndel og van Veen, Sml. I, s. 4705, præmis 17, af 9.12.2003, sag C-129/00, Kommissionen mod Italien, Sml. I, s. 14637, præmis 25, af 7.6.2006, forenede sager C-222/05 - C-225/05, van der Weerd m.fl., Sml. I, s. 4233, præmis 28, og Mostaza Claro-dommen, nævnt i fodnote 15, præmis 24.

19 — Kommissionen henviser i denne forbindelse til van Schijndel-dommen, præmis 21, og van der Weerd-dommen, præmis 35, nævnt i fodnote 18.

20 — Kommissionen citerer Océano Grupo-dommen, nævnt i fodnote 13, præmis 28, Cofidis-dommen, nævnt i fodnote 14, præmis 32, og Mostaza Claro-dommen, nævnt i fodnote 15, præmis 27.

21 — EFT L 42, s. 48. Jeg gør opmærksom på, at dette direktiv blev ophævet ved Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2008/48/EF af 23.4.2008 om forbrugerkreditaftaler og om ophævelse af Rådets direktiv 87/102/EØF (EUT L 133, s. 66).

22 — Kommissionen henviser i denne forbindelse til dom af 4.10.2007, sag C-429/05, Rampion og Godard, Sml. I, s. 8017.

35. *Den tjekkiske regering*, der ikke har afgivet skriftlige indlæg, har under retsmødet oplyst, at den ikke er enig i Kommissionens argumenter, og at direktiv 85/577 efter dens opfattelse ikke kan fortolkes således, at de nationale domstole bemyndiges til af egen drift at erklære aftaler indgået uden for fast forretningssted for ugyldige, såfremt forbrugeren ikke er blevet oplyst om sin fortrydelsesret.

36. Til støtte for sin argumentation har den tjekkiske regering gjort tre argumenter gældende. Som sit første argument har den hævdet, at domstolene ved af egen drift at erklære en aftale ugyldig griber ind i forbrugerens ret til selv at afgøre, om aftalen ønskes opretholdt eller ej. I medfør af artikel 5 i direktiv 85/577 er det faktisk kun forbrugeren, der har ret til at træde tilbage fra kontrakten. Selv om forbrugeren ikke måtte være blevet oplyst om sin fortrydelsesret, bortfalder denne ret ikke, da fristen for at træde tilbage i medfør af direktivets artikel 5 regnes fra det tidspunkt, hvor forbrugeren er blevet underrettet om sin rettighed. Med sit andet argument har den tjekkiske regering hævdet, at medlemsstaterne har enekompetence i civilprocesretlige anliggender. Der er kun tale om delt kompetence i det civilretlige samarbejde, og dette kun, hvis det omhandler sager med tværnationale elementer. Ifølge den tjekkiske regering hersker der tvivl om, hvorvidt det er muligt at påberåbe sig artikel 94 EF (tidligere artikel 100 EF), der udgjorde retsgrundlaget for direktiv 85/577, med henblik på at vedtage foranstaltninger, der griber ind i denne enekompetence for medlemsstaterne. Ved vurderingen af dette spørgsmål bør proportionalitetsprincippet tages i betragtning. Som sit tredje argument har den tjekkiske regering gjort gældende, at retspraksis vedrørende andre direktiver om forbrugerbeskyttelse, hvori Domstolen allerede har anerkendt, at de nationale domstole kan handle af egen drift, ikke kan finde anvendelse på den foreliggende sag, idet denne drejer sig om fortolkningen af direktiv 85/577, der kendetegnes ved at indeholde andre bestemmelser og være opbygget anderledes end de direktiver, på baggrund af hvilke Domstolen har fastslået, at de nationale domstole har ret til at gribe ind af egen drift.

VI — Generaladvokatens bedømmelse

A — *Indledning*

37. Denne sag vedrører problematikken om indgåelse af aftaler uden for fast forretningssted samt spørgsmålet om konsekvenserne,

såfremt forbrugeren ikke oplyses om sin ret til at træde tilbage fra en sådan aftale. I sin retspraksis har Domstolen allerede ved flere lejligheder behandlet spørgsmålet om konsekvenserne af manglende oplysninger af denne art [23], men har endnu ikke fastslået, om også de nationale domstole i denne forbindelse bør spille en aktiv rolle og gribe ind af egen drift i tilfælde af manglende orientering af forbrugeren. For at kunne træffe afgørelse i den foreliggende sag skal Domstolen således foretage en grundig analyse af formålet med direktiv 85/577, herunder en særskilt analyse af de enkelte bestemmelser i teksten.

38. Med det præjudicielle spørgsmål ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om artikel 153 EF, sammenholdt med artikel 3 EF og 95 EF, med chartrets artikel 38 samt med bestemmelserne i direktiv 85/577, herunder især artikel 4 heri, bør fortolkes således, at de nationale domstole bemyndiges til af egen drift at erklære aftaler indgået uden for fast forretningssted for ugyldige, såfremt forbrugeren ikke er blevet oplyst om sin ret til at træde tilbage fra denne aftale, selv om forbrugeren under behandlingen af sagen ved de nationale domstole ikke har påberåbt sig, at aftalen er ugyldig.

23 — Jf. Heininger-dommen, nævnt i fodnote 17, dom af 25.10.2005, sag C-350/03, Schulte, Sml. I, s. 9215, af 25.10.2005, sag C-229/04, Crailsheimer Volksbank, Sml. I, s. 9273, og af 10.4.2008, sag C-412/06, Hamilton, Sml. I, s. 2383.

B — *Analyse af det præjudicielle spørgsmål*

1. Indledende betragtninger vedrørende det præjudicielle spørgsmål

a) Fællesskabsbestemmelser, som den forelæggende ret har anmodet om en fortolkning af

39. I sit præjudicielle spørgsmål har den forelæggende ret anmodet om en fortolkning af en række fællesskabsbestemmelser, herunder især artikel 153 EF, sammenholdt med artikel 3 EF og 95 EF, chartrets artikel 38 samt bestemmelserne i direktiv 85/577. Inden for rammerne af disse regler er det af afgørende betydning for den foreliggende sag, hvordan bestemmelserne i direktiv 85/577 skal fortolkes, idet dette direktiv er en retsakt, der henhører under den afledte ret og derfor konkretiserer Fællesskabets forbrugerbeskyttelsesindsats, som er stadfæstet i den primære ret.

40. Artikel 153 EF, der i traktaten står opført under overskriften »Forbrugerbeskyttelse«, indeholder i stk. 1 en generel bestemmelse om, at Fællesskabet for at fremme forbrugernes interesser og sikre et højt forbrugerbeskyttelsesniveau bidrager til at beskytte forbrugernes sundhed, sikkerhed og økonomiske interesser og til at fremme deres ret til oplysning og uddannelse og til at organisere sig for at beskytte deres interesser. I artiklens stk. 2 fastslås det, at forbrugerbeskyttelses-

hensyn skal inddrages ved udformningen og gennemførelsen af andre af Fællesskabets politikker og aktiviteter. Artikel 153, stk. 3, EF omhandler de foranstaltninger, som Fællesskabet vedtager for at nå forbrugerbeskyttelsesmålene, og retsgrundlaget for deres vedtagelse præciseres. I samme artikels stk. 5 bemyndiges medlemsstaterne til at indføre strengere beskyttelsesforanstaltninger for at beskytte forbrugeren.

41. Artikel 153 EF udgør følgelig en generel fællesskabsbestemmelse i primær ret, som omhandler forbrugerbeskyttelse. En endnu mere generel bestemmelse om dette emne er artikel 3, stk. 1, EF, hvori Fællesskabets forskellige aktivitetsområder opregnes, herunder især i bestemmelsens litra t) også bidrag til styrkelse af forbrugerbeskyttelse. Det er derfor nødvendigt at fortolke bestemmelserne i direktiv 85/577 i forhold til disse generelle bestemmelser i EF-traktaten.

42. I sit præjudicielle spørgsmål har den forelæggende ret ligeledes anmodet om en fortolkning af artikel 95 EF og chartrets artikel 38.

43. På grundlag af artikel 95 EF vedtages de foranstaltninger, der vedrører det indre markeds oprettelse og funktion. Forelæggelseskendelsen indeholder ingen begrundelse for den nationale domstols anmodning om en fortolkning af denne artikel, idet det ikke var denne artikel, men artikel 94 EF (tidligere artikel 100 EF), der udgjorde retsgrundlaget for vedtagelsen af direktiv 85/577. Efter min mening er det således ikke nødvendigt at fortolke artikel 95 EF i forbindelse med den foreliggende sag.

44. I chartrets artikel 38 fastslås det, at der sikres et højt forbrugerbeskyttelsesniveau i Unionens politikker. Med hensyn til chartrets bestemmelser ønsker jeg at understrege, at chartret ikke indgår i fællesskabslovgivningen, og at Domstolen således ikke har kompetence til at fortolke dette [24]. Det er imidlertid sandt, at generaladvokaterne ofte henviser til dette dokument i de argumenter, som de lægger til grund for deres forslag til afgørelse [25], og at Domstolen ligeledes tidligere har nævnt chartret i sin retspraksis [26]. I den foreliggende sag kan chartrets bestemmelser derfor anvendes til at lette fortolkningen af direktiv 85/577, men må ikke tages i betragtning ved besvarelsen af det præjudicielle spørgsmål.

24 — Jf. i denne forbindelse kendelse af 6.10.2005, sag C-328/04, Vajnai, Sml. I, s. 8577, præmis 13, og af 16.1.2008, sag C-361/07, Polier, præmis 11.

25 — Jf. f.eks. generaladvokat Poiares Maduros forslag til afgørelse af 9.9.2008, dom af 17.2.2009, sag C-465/07, Elgafaji, Sml. I, s. 921, punkt 21 og 23, undertegnedes forslag til afgørelse af 11.9.2008, dom af 19.2.2009, sag C-308/07 P, Gorostiaga, Sml. I, s. 1059, punkt 56, 91 og 92, generaladvokat Mengozzis forslag til afgørelse af 21.1.2009, sag C-12/08, Mono Car Styling, der endnu verserer for Domstolen, punkt 49, 83, 95 og 97, og generaladvokat Kokotts forslag til afgørelse af 22.1.2009, dom af 30.4.2009, sag C-75/08, Mellor, Sml. I, s. 3799, punkt 24, 25 og 33.

26 — Jf. dom af 13.3.2007, sag C-432/05, Unibet, Sml. I, s. 2271, præmis 37.

45. Fortolkningen af bestemmelserne i direktiv 85/577 er af afgørende betydning for besvarelsen af dette spørgsmål. Det er korrekt, at den forelæggende ret kun udtrykkeligt nævner direktivets artikel 4, men i overensstemmelse med fast retspraksis skal Domstolen forsyne den nationale ret med alle de fortolkningselementer vedrørende fællesskabsretten, som giver denne mulighed for at træffe afgørelse i den for denne ret verserende sag, uanset om den nationale ret i formuleringen af sine spørgsmål har henvist hertil eller ej [27]. Især skal både artikel 4 og artikel 5 tages i betragtning ved fortolkningen af direktiv 85/577, idet artikel 5 ligeledes omhandler forbrugerens ret til at træde tilbage fra aftalen.

47. For det første fremgår det af den forelæggende rets oplysninger i forelæggelseskendelsen, at retten går ud fra den forudsætning, at den spanske lovgivning, hvorefter det påhviler forbrugeren at påberåbe sig, at aftalen er ugyldig, ikke er i overensstemmelse med fællesskabsretten, herunder navnlig forbrugerbeskyttelsesbestemmelserne i direktiv 85/577 og i EF-traktaten. Ved bedømmelsen af det præjudicielle spørgsmål er det således nødvendigt at fastslå, om denne logiske forudsætning, som den forelæggende ret tager udgangspunkt i, er korrekt, og om der i den relevante spanske lovgivning er fastsat egnede foranstaltninger til beskyttelse af forbrugeren, såfremt denne ikke er blevet orienteret om sin ret til at træde tilbage fra aftalen.

b) Problemer rejst i forbindelse med det præjudicielle spørgsmål

46. Før bedømmelsen af det præjudicielle spørgsmål ønsker jeg at henlede opmærksomheden på de indviklede juridiske problemstillinger, som spørgsmålet indebærer, og som vil fungere som den røde tråd i bedømmelsen heraf.

48. For det andet skal der tages højde for, at det præjudicielle spørgsmål omhandler rettens bemyndigelse til af egen drift at erklære en aftale for ugyldig, da manglende orientering af forbrugeren i medfør af spansk ret medfører relativ ugyldighed. Da den forelæggende ret er af den opfattelse, at princippet om relativ ugyldighed ikke udgør en egnet foranstaltning til beskyttelse af forbrugeren, agter den at beskytte forbrugeren ved at anvende princippet om absolut ugyldighed. Den forelæggende ret spørger følgelig ikke, om den af egen drift må anvende bestemmelserne i direktiv 85/577, men om den af egen drift må anvende de bestemmelser i spansk lovgivning, hvorved dette direktiv blev gennemført i national ret. Faktisk gælder der ikke nogen bestemmelse i direktiv 85/577 om, at aftaler indgået uden for fast forretningssted skal erklæres for ugyldige, hvis forbrugeren ikke er blevet oplyst om sin ret

27 — Jf. f.eks. dom af 12.12.1990, sag C-241/89, SARPP, Sml. I, s. 4695, præmis 8, af 4.3.1999, sag C-87/97, Consorzio per la tutela del formaggio Gorgonzola, Sml. I, s. 1301, præmis 16, af 7.9.2004, sag C-456/02, Trojani, Sml. I, s. 7573, præmis 38, af 12.5.2005, sag C-452/03, RAL (Channel Islands) m.fl., Sml. I, s. 3947, præmis 25, og af 22.12.2008, sag C-336/07, Kabel Deutschland Vertrieb und Service, Sml. I, s. 10889, præmis 47.

til at træde tilbage fra aftalen. Ovennævnte direktiv indeholder heller ikke andre bestemmelser om konsekvenser i tilfælde af, at forbrugeren ikke er blevet oplyst om sin fortrydelsesret. I artikel 4, stk. 3, fastslås det kun, at medlemsstaterne sørger for, at der i deres nationale lovgivning fastsættes *egnede foranstaltninger* til beskyttelse af forbrugeren, hvis der ikke gives en sådan meddelelse. Det overlades således til medlemsstaterne at beslutte, hvilke konsekvenser det skal have, hvis forbrugeren ikke oplyses om sin fortrydelsesret, idet det i direktivet udelukkende bestemmes, at de pågældende foranstaltninger skal være egnede til at beskytte forbrugeren [28]. På denne baggrund skal Domstolen ved bedømmelsen af det præjudicielle spørgsmål være omhyggelig med ikke at pålægge medlemsstaterne at fastsætte i deres nationale lovgivning, at aftaler er ugyldige, hvis forbrugeren ikke oplyses om sin fortrydelsesret.

49. I den efterfølgende del af nærværende forslag til afgørelse vil jeg først bedømme spørgsmålet om, hvorvidt en aftales relative ugyldighed i henhold til spansk lovgivning udgør en egnet foranstaltning i medfør af artikel 4, stk. 3, i direktiv 85/577. Jeg redegør dernæst for fællesskabsrettens hovedregel om muligheden for af egen drift at behandle visse spørgsmål. Herefter analyserer jeg den retspraksis, hvori Domstolen har anerkendt, at det er muligt at fravige denne hovedregel, idet jeg ligeledes vil undersøge, om den pågældende retspraksis kan finde anvendelse på den foreliggende sag. Endelig analyserer jeg, om den forelæggende ret har ret eller pligt til at handle af egen drift i den foreliggende sag.

2. Er muligheden for at erklære aftaler for relativt ugyldige en egnet foranstaltning i medfør af artikel 4, stk. 3, i direktiv 85/577?

50. I spansk lovgivning fastslås det, at en aftale, der indgås, uden at forbrugeren er blevet oplyst om sin fortrydelsesret, kan erklæres for ugyldig på forbrugerens begæring. I spansk lovgivning anvendes således princippet om relativ ugyldighed.

51. For så vidt angår anvendelsen af begrebet »ugyldighed« vil jeg her fra et teoretisk og terminologisk synspunkt henlede opmærksomheden på, at Spanien er en af de medlems-

28 — I denne forbindelse henvises der ligeledes til Europa-Kommissionens debatoplæg *Discussion paper on the Review of Directive 85/577/EEC to protect the consumer in respect of contracts negotiated away from business premises (Doorstep Selling Directive)*, der findes på websiden http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/door_sell/doorstepselling_discussionpaper.pdf, s. 9. I retsvidenskaben henvises der ligeledes til U. Ehricke, L'extension au contrat d'acquisition du bien immobilier des effets juridiques de la révocation d'un contrat de crédit immobilier en application de la directive 85/577/CEE sur le démarchage à domicile. Réflexions sur les limites des principes d'interprétation conforme et d'effet utile des directives, *Revue Européenne de Droit Bancaire et Financier (EUREDIA)*, nr. 1/2004, s. 163, hvori det fremhæves, at medlemsstaterne i medfør af direktiv 85/577 har et vidt skøn med hensyn til gennemførelsen af direktivets bestemmelser i den nationale lovgivning.

stater, der sondrer mellem »absolut ugyldighed« og »relativ ugyldighed« (i lighed med f.eks. Belgien [29] og Frankrig [30]), til forskel fra de medlemsstater, der sondrer mellem aftalers »ugyldighed« og »anfægtelighed« (som f.eks. Østrig [31], Tyskland [32], Nederlandene [33] og Slovenien [34]). Ifølge spansk lovgivning foreligger der absolut ugyldighed, når eksempelvis et af kravene for indgåelsen af en aftale ikke er opfyldt, eller når aftalen er i strid med ufravigelige regler eller moralske principper [35], mens der er tale om relativ ugyldighed, når der eksempelvis er mangler ved samtykket i forbindelse med aftalens indgåelse [36]. Retsinstansen kan af egen drift erklære en aftale for absolut ugyldig, og enhver berørt part kan påberåbe sig, at en aftale er absolut ugyldig, mens relativ ugyldighed kun kan gøres gældende af den berørte part [37]. Der hersker ingen tvivl om, at der terminologisk er en forskel mellem ugyldighed og anfægtelighed, men begrebsmæssigt er de analoge [38]. Således kan enhver påberåbe sig, at en aftale er ugyldig, og retsinstanserne er forpligtede til at gribe ind af egen drift, mens en aftale kun kan anfægtes af den interesserede part [39]. Jeg bemærker endvidere, at aftalers ugyldighed og anfægtelighed ligeledes er behandlet i dokumentet udarbejdet af ekspertgruppen *Draft Common Frame of Reference (DCFR)* [40] (udkast til en fælles referenceramme). I dette dokument fastslås det i artikel II-7:301, at en aftale er ugyldig, a) når den krænker et princip, der er anerkendt som grundlæggende i medlemsstaternes eller Den Europæiske Unions lovgivning, og b) når en erklæring om ugyldighed er nødvendig for at sikre den

29 — Jf. f.eks. W. van Gerven, *Verbintenissenrecht*, anden udg., Acco, Leuven, 2006, s. 146 ff., hvori det præciseres, at der i belgisk lovgivning sondres mellem absolut ugyldighed og relativ ugyldighed.

30 — Jf. f.eks. J. Flour, J.-L. Aubert og É. Savaux, *Les obligations. 1. Acte juridique*, 12. udg., Sirey, Paris, 2006, s. 259, punkt 324.

31 — I medfør af østrigsk lovgivning er en aftale anfægtelig, hvis den er indgået ved hjælp af svig eller ulovlig tvang, jf. P. Rummel i P. Rummel, *Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch*, Manz, Wien, 2000, kommentar til § 870, s. 1321, punkt 1. Der foreligger derimod ugyldighed i medfør af § 879 i Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch (den almindelige civillovbog), hvis aftalen overtræder et lovbestemt forbud eller er i strid med god skik. Det bør imidlertid præciseres, at der hvad angår begrebet ugyldighed i østrigsk retsvidenskab desuden sondres mellem absolut ugyldighed, der kan gøres gældende af enhver, og som retsinstanserne af egen drift kan erklære, og relativ ugyldighed, der kun kan gøres gældende af den person, som er omfattet af den tilsidesatte bestemmelses beskyttelse. Jf. herved H. Krejci i P. Rummel, *Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch*, Manz, Wien, 2000, kommentar til § 879, s. 1447, punkt 247-249.

32 — Jf. f.eks. K. Larenz og M. Wolf, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs*, niende udg., Beck, München, 2004, s. 796, punkt 4 ff. (om ugyldighed), og s. 800, punkt 21 ff. (om anfægtelighed).

33 — Jf. f.eks. J. Hijma, *Bijzondere overeenkomsten*, første del, syvende udg., Kluwer, Deventer, 2007, s. 224, punkt 218, og A. S. Hartkamp, *Verbintenissenrecht*, anden del, 12. udg., Kluwer, Deventer, 2005, s. 484, punkt 459.

34 — Jf. f.eks. A. Polajnar Pavčnik i M. Juhart og N. Plavšak (red.), *Obligacijski zakonik s komentarjem*, første bind, GV založba, Ljubljana, 2003, kommentar til § 86, s. 506 ff. (om ugyldighed), og kommentar til § 94, s. 524 ff. (om anfægtelighed).

35 — Jf. Ó. Moreno Gil, Código civil y jurisprudencia concordada, *Boletín Oficial del Estado*, Madrid, 2006, s. 1430, kommentar til § 1.300, punkt 4.399 og 4.407. Vedrørende den franske lovgivning henvises der f.eks. til J. Flour m.fl., nævnt i fodnote 30, s. 259, punkt 325, og vedrørende belgisk lovgivning henvises der f.eks. til L. Cornelis, *Algemene theorie van de verbintenis*, Intersentia, Antwerpen/Groningen, 2000, s. 676, punkt 539.

36 — Jf. Ó. Moreno Gil, nævnt i fodnote 35, s. 1430, kommentar til § 1.300, punkt 4.399. Vedrørende den franske lovgivning henvises der til J. Flour m.fl., nævnt i fodnote 30, s. 260, punkt 325, og s. 262, punkt 328, og vedrørende den belgiske lovgivning henvises der til W. van Gerven, *Verbintenissenrecht*, anden udg., Acco, Leuven, 2006, s. 147.

37 — Jf. Ó. Moreno Gil, nævnt i fodnote 35, s. 1430, kommentar til § 1.300, punkt 4.399 og 4.407. Vedrørende den franske lovgivning henvises der til J. Flour m.fl., nævnt i fodnote 30, s. 260, punkt 326, og vedrørende den belgiske lovgivning henvises der f.eks. til W. van Gerven, *Verbintenissenrecht*, anden udg., Acco, Leuven, 2006, s. 147.

38 — Vedrørende den tyske lovgivning henvises der f.eks. til K. Larenz og M. Wolf, nævnt i fodnote 32, s. 796, punkt 2, hvori der som ugyldighedsgrunde nævnes overtrædelse af formkrav og manglende overholdelse af lovbestemte forbud eller god skik, mens der som eksempler på anfægtelighedsgrunde nævnes mangler og svig, vedrørende den nederlandske lovgivning henvises der til A.S. Hartkamp, nævnt i fodnote 33, s. 484 ff., punkt 459 og 460, og vedrørende den slovenske lovgivning henvises der til A. Polajnar Pavčnik, nævnt i fodnote 34, om ugyldighed, kommentar til § 86, s. 506 ff., og om anfægtelighed, kommentar til § 524 ff.

39 — Vedrørende den tyske lovgivning henvises der f.eks. til K. Larenz, nævnt i fodnote 32, s. 797, punkt 5, vedrørende den nederlandske lovgivning henvises der til A.S. Hartkamp, nævnt i fodnote 33, s. 485, om bemyndigelsen til af egen drift at erklære en aftale for ugyldig, punkt 459, og om anfægtelighed, punkt 460, og vedrørende den slovenske lovgivning henvises der til A. Polajnar Pavčnik, nævnt i fodnote 34, om bemyndigelsen til af egen drift at erklære en aftale ugyldig, kommentar til § 92, s. 50 ff., og om anfægtelighed, kommentar til § 95, s. 527 ff.

40 — C. von Bar m.fl. (red.): *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.

praktiske gennemførelse af dette princip [41]. I DCFR fastslås det derimod, at en aftale kan anfægtes i tilfælde af eksempelvis mangler [42], svig [43] eller ulovlig tvang [44] i forbindelse med aftalens indgåelse.

52. Med henblik på at fastslå, om den spanske lovgivning, hvorefter en aftale er relativ ugyldig, såfremt forbrugeren ikke er blevet oplyst om sin fortrydelsesret, udgør en egnet foranstaltning i medfør af artikel 4, stk. 3, i direktiv 85/577, bør der først og fremmest foretages en analyse af de særlige forhold, der karakteriserer aftaler indgået uden for fast forretningssted, og betydningen af forbrugerens ret til at opsige denne type aftaler.

53. Som det fremgår af fjerde betragtning til direktiv 85/577 er det som regel den erhvervsdrivende, der tager initiativet til forhandlingerne vedrørende disse aftaler, og forbrugeren befinder sig i en situation, der karakteriseres af et overraskelsesmoment, og er ikke forberedt på at indgå en aftale [45]. Forbrugeren bør derfor være omfattet af en særlig beskyttelse, da han ikke har mulighed for at sammenligne tilbuddets kvalitet og pris med andre tilbud [46].

54. I lyset af de særlige forhold, der kendetegner aftaler indgået uden for fast forretningssted, bør forbrugeren indrømmes en betænkningstid, en såkaldt spatium deliberandi [47], således at han har mulighed for at vurdere de forpligtelser, aftalen medfører, samt have en frist på mindst syv dage til i

41 — Affattelsen af den oprindelige version af artikel II.-7:301 (Contracts infringing fundamental principles) er som følger: »A contract is void to the extent that: (a) it infringes a principle recognised as fundamental in the laws of the Member States of the European Union; and (b) nullity is required to give effect to that principle.«

42 — Jf. f.eks. stk. 1 i artikel II.-7:201 (Mistake), der i den oprindelige version er affattet som følger: »A party may avoid a contract for mistake of fact or law existing when the contract was concluded if: (a) the party, but for the mistake, would not have concluded the contract or would have done so only on fundamentally different terms and the other party knew or could reasonably be expected to have known this; and (b) the other party; (i) caused the mistake; (ii) caused the contract to be concluded in mistake by leaving the mistaken party in error, contrary to good faith and fair dealing, when the other party knew or could reasonably be expected to have known of the mistake; (iii) caused the contract to be concluded in mistake by failing to comply with a pre-contractual information duty or a duty to make available a means of correcting input errors; or (iv) made the same mistake.«

43 — Jf. f.eks. stk. 1 i artikel II.-7:205 (Fraud), der i den oprindelige version er affattet som følger: »A party may avoid a contract when the other party has induced the conclusion of the contract by fraudulent misrepresentation, whether by words or conduct, or fraudulent non-disclosure of any information which good faith and fair dealing, or any pre-contractual information duty, required that party to disclose.«

44 — Jf. f.eks. stk. 1 i artikel II.-7:206 (Coercion or threats), der i den oprindelige version er affattet som følger: »A party may avoid a contract when the other party has induced the conclusion of the contract by coercion or by the threat of an imminent and serious harm which it is wrongful to inflict, or wrongful to use as a means to obtain the conclusion of the contract.«

45 — I dom af 25.10.2005, sag C-229/04, Crailsheimer Volksbank, Sml. I, s. 9273, præmis 43, har Domstolen f.eks. fremhævet, at direktiv 85/577's formål er at beskytte forbrugeren mod overraskelsesmomentet ved dørsalg. Overraskelsesmomentet fremhæves ligeledes af f.eks. M. del R. Martín Briceño i *La Directiva 85/577, de 20 de diciembre, referente a la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales, La armonización legislativa de la Unión Europea*, Dykinson, Madrid, 1999, s. 162.

46 — Jf. f.eks. Martín Briceño, nævnt i fodnote 45, s. 162, M. Habersack, The Doorstep Selling Directive and Mortgage Loan Contracts, *European Business Law Review*, nr. 6/2000, s. 394.

47 — Dette benævnelse af betænkningstiden anvendes af P. Manes i Il diritto di pentimento nei contratti dei consumatori dalla legislazione francese alla normativa italiana in attuazione della direttiva 85/577 i *Contratto e impresa, Europa*, nr. 2/1996, s. 696.

medfør af artikel 5, stk. 1, i direktiv 85/577 at træde tilbage fra aftalen [48]. Såfremt forbrugeren beslutter at træde tilbage fra aftalen, frigøres han i medfør af direktivets artikel 5, stk. 2, fra enhver forpligtelse i henhold til den aftale, som han er trådt tilbage fra. Den nævnte forbrugerrettighed er af en sådan betydning, at forbrugeren ikke kan give afkald på den [49].

55. Med henblik på at sikre, at forbrugeren har mulighed for at udøve denne væsentlige rettighed, er det af afgørende betydning, at han modtager tilstrækkelige, skriftlige oplysninger herom. Den erhvervsdrivende vil således benytte sig af muligheden for at overbevise forbrugeren om, at denne bør indgå aftalen, eventuelt i forbindelse med forbrugerens øjeblikkelige begejstring eller som følge af, at forbrugeren ikke har mulighed for at sammenligne tilbuddet med andre, og undlade at oplyse forbrugeren om dennes ret til at træde tilbage fra aftalen. Det kan være, at forbrugeren, når begejstringen har lagt sig [50], ærgrer sig over sin beslutning, men accepterer at være bundet af den indgåede aftale, da han ikke er bekendt med retten til at træde tilbage fra aftalen.

56. For at beskytte forbrugeren i forbindelse med aftaler indgået uden for fast forretningssted er det ikke blot vigtigt, at forbrugeren *har* ret til at træde tilbage fra aftalen, men også at han *er bekendt med* sine rettigheder, og at han oplyses herom [51]. Som Domstolen allerede har understreget i Heininger-dommen, har forbrugeren ikke mulighed for at udøve fortrydelsesretten, såfremt han ikke er bekendt med, at den findes [52]. Hvis forbrugeren ikke er blevet oplyst om sin fortrydelsesret, kan han følgelig ikke udøve alle rettigheder i forbindelse hermed, som f.eks. at påberåbe sig, at den indgåede aftale uden disse oplysninger er ugyldig, medmindre det garanteres, at forbrugeren er blevet behørigt oplyst om disse rettigheder i forbindelse med fortrydelsesretten.

57. Det er således ikke min opfattelse, at den spanske lovgivning, hvori det fastslås, at forbrugeren kan påberåbe sig, at en aftale indgået uden for fast forretningssted er ugyldig, såfremt han ikke er blevet oplyst om sin ret til at træde tilbage fra aftalen, udgør en egnet foranstaltning i medfør af artikel 4,

48 — I retsvidenskaben henvises der f.eks. til Habersack, nævnt i fodnote 46, s. 394. P. Mankowski understreger i Die gemeinschaftsrechtliche Kontrolle von Erlöschenstatbeständen für verbraucherschützende Widerrufsrechte i *Juristenzeitung*, nr. 23/2008, s. 1143, at fortrydelsesretten i realiteten er det eneste instrument, som indrømmes i direktiv 85/577 til beskyttelse af forbrugeren, og at enhver begrænsning af denne ret nødvendigvis medfører en forringelse af denne beskyttelse.

49 — Jf. artikel 6 i direktiv 85/577, hvorefter forbrugeren ikke kan give afkald på de rettigheder, der tilkommer ham i henhold til dette direktiv.

50 — Betænkningstiden efter indgåelsen af en aftale benævnes ofte »*cooling off period*« (»afkølingsperiode«). Jf. f.eks. grønbogen om gennemgang af forbrugerlovgivningen (udarbejdet af Europa-Kommissionen), KOM(2006) 744 endelig, s. 10 i den engelske udgave, og Europa-Kommissionens debatoplæg *Discussion paper on the Review of Directive 85/577/EEC to protect the consumer in respect of contracts negotiated away from business premises (Doorstep Selling Directive)*, der findes på http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/door_sell/doorstepselling_discussionpaper.pdf, s. 10.

51 — Det kan tilføjes, at der således påhviler den erhvervsdrivende et særligt ansvar i medfør af direktiv 85/577, da udøvelsen af forbrugerrettighederne afhænger af de oplysninger, som den erhvervsdrivende giver. Der henvises i denne forbindelse til generaladvokat Légers forslag til afgørelse fremsat den 12.7.2001 i sag C-481/99, Heininger, Sml. I, s. 9945, punkt 60.

52 — Jf. Heininger-dommen, nævnt i fodnote 17, præmis 45. Jf. ligeledes Hamilton-dommen, nævnt i fodnote 23, præmis 33, samt generaladvokat Légers forslag til afgørelse fremsat den 12.7.2001 i sag C-481/99, Heininger, Sml. I, s. 945, punkt 60. I retsvidenskaben henvises der f.eks. til B. Rudisch, Das »Heininger«-Urteil des EuGH vom 13.12.2001, Rs C-481/99: Meilenstein oder Stolperstein für den Verbraucherschutz bei Realkrediten?, B. Eccher, K. Nemeth og A. Tangl (red.), *Verbraucherschutz in Europa. Festgabe für em. o. Univ.-Prof. Dr. Heinrich Mayrhofer*, Verlag Österreich, Wien, 2002, s. 202.

stk. 3, i direktiv 85/577, medmindre der foreligger en garanti for, at forbrugeren er blevet behørigt oplyst om sine rettigheder i medfør af den nationale lovgivning.

58. I det følgende vil jeg derfor undersøge, om den nationale ret bør handle af egen drift, såfremt forbrugeren ikke er blevet oplyst om sin ret til at træde tilbage fra aftalen.

3. Hovedregel: Fællesskabslovgivningen indeholder ingen generel forpligtelse til at handle af egen drift

59. Det bør understreges, at der i medfør af fællesskabslovgivningen ikke påhviler de nationale retsinstanser en generel forpligtelse til af egen drift at tage rettigheder, der i fællesskabslovgivningen er indrømmet borgerne, i betragtning. I henhold til fast retspraksis tilkommer det, når der ikke er udstedt fællesskabsbestemmelser på området, hver enkelt medlemsstat i sin interne retsorden at fastsætte de processuelle regler for sagsanlæg til sikring af beskyttelsen af de rettigheder, som fællesskabsretten medfører for de retsundergivne, i medfør af princippet om medlemsstaternes procesautonomi. Disse processuelle regler må dog ikke være mindre gunstige end dem, der gælder for tilsvarende søgsmål på grundlag af national ret (ækvivalensprincippet), og må ikke være udformet således, at de i praksis gør det umuligt eller urimeligt vanskeligt at udøve de rettigheder, der tillægges i henhold til Fællesskabets retsorden (effektivitetsprincippet) [53]. Hvert enkelt tilfælde, hvor der opstår spørgsmål, om en national processuel regel gør det umuligt eller uforholdsmæssig vanskeligt at udøve de rettigheder, der tillægges borgerne i henhold til Fællesskabets retsorden, skal bedømmes under hensyn til, hvilken stilling bestemmelsen indtager i den samlede procedure for de forskellige nationale instanser, herunder procedurens forløb og særlige kendetegn [54].

60. Det følger ligeledes af retspraksis, at effektivitetsprincippet ikke pålægger nationale retter en forpligtelse til af egen drift at tage et anbringende eller en undtagelse udledt af en bestemmelse i fællesskabsretten under påkendelse, uafhængigt af deres betydning for

53 — Jf. i denne retning Peterbroeck-dommen, nævnt i fodnote 10, præmis 12, og van Schijndel-dommen, nævnt i fodnote 18, præmis 17, dom af 16.5.2000, sag C-78/98, Preston m.fl., Sml. I, s. 3201, præmis 31, og af 9.12.2003, sag C-129/00, Kommissionen mod Italien, Sml. I, s. 14637, præmis 25, samt van der Weerd-dommen, nævnt i fodnote 18, præmis 28, og Mostaza Claro-dommen, nævnt i fodnote15, præmis 24.

54 — Jf. Peterbroeck-dommen, nævnt i fodnote 10, præmis 14, van Schijndel-dommen, nævnt i fodnote 18, præmis 19, og van der Weerd-dommen, nævnt i fodnote 18, præmis 33.

Fællesskabets retsorden, hvis parterne gives en faktisk mulighed for at gøre et anbringende på grundlag af fællesskabsretten gældende for en national ret [55]. Dette er begrundet i princippet om, at initiativet til en sag tilkommer parterne, idet domstolen kun kan handle af egen drift i undtagelsestilfælde, hvor almene hensyn kræver det [56].

61. I sin retspraksis har Domstolen imidlertid gjort en undtagelse fra dette generelle princip i forbindelse med en række direktiver om forbrugerbeskyttelse — først og fremmest under henvisning til direktiv 93/13 og subsidiært ligeledes til direktiv 87/102 — idet den, henset til forbrugerbeskyttelsen og opfyldelsen af formålet med disse direktiver, har givet de nationale domstole bemyndigelse til af egen drift at undersøge visse anbringender [57].

55 — Jf. van der Weerd-dommen, nævnt i fodnote18, præmis 41; jf. i denne retning ligeledes van Schijndel-dommen, nævnt i fodnote 18, præmis 22. I retsvidenskaben henvises der f.eks. til K. Lenaerts, D. Arts og I. Maselis, *Procedural Law of the European Union*, anden udg., Sweet & Maxwell, London, 2006, s. 104, punkt 3-035, D. Simon, Modalités du relevé d'office, *Europe — Revue mensuelle LexisNexis JurisClasseur*, august-september 2007, s. 12, samt J.H. Jans og A. T. Marseille, Joined Cases C-222/05 — 225/05, Van der Weerd and others v. Minister van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit, Judgment of the Court (Fourth Chamber) of 7 June 2007, [2007] ECR I-4233, *Common Market Law Review*, nr. 3/2008, s. 858 og 859.

56 — Jf. van Schijndel-dommen, nævnt i fodnote 18, præmis 21, og van der Weerd-dommen, nævnt i fodnote 18, præmis 35.

57 — Jeg gør opmærksom på, at Domstolen også i andre sager har gjort en undtagelse fra ovennævnte generelle princip, f.eks. i Peterbroeck-dommen, nævnt i fodnote 10, hvori den fastslog, at fællesskabsretten er til hinder for, at der anvendes en national processuel bestemmelse, som afskærer den nationale ret fra under en sag af egen drift at tage stilling til, om en national bestemmelse er forenelig med en bestemmelse i fællesskabsretten, når denne bestemmelse ikke af borgeren er blevet påberåbt inden for en given frist. Det samme gælder anvendelsen af bestemmelserne i Fællesskabets konkurrencelovgivning, jf. dom af 1.6.1999, sag C-126/97, Eco Swiss, Sml. I, s. 3055, præmis 40, og af 13.7.2006, forenede sager C-295/04 - C-298/04, Manfredi m.fl., Sml. I, s. 6619, præmis 31.

62. På denne baggrund vil jeg i det følgende først undersøge indholdet af retspraksis vedrørende direktiv 93/13 og 87/102 med henblik på at bedømme, om denne retspraksis kan anvendes analogt på direktiv 85/577.

4. Undtagelse til hovedreglen: retspraksis vedrørende direktiv 93/13 og 87/102

a) Retspraksis vedrørende direktiv 93/13

63. For så vidt angår direktiv 93/13 er Océano Grupo-dommen [58], Cofidis-dommen [59] og Mostaza Claro-dommen [60] af særlig betydning.

64. I Océano Grupo-dommen understregede Domstolen, at den ved direktiv 93/13 indførte beskyttelsesordning hviler på den betragtning, at forbrugeren befinder sig i en svagere stilling end den erhvervsdrivende, såvel hvad angår forhandlingsstyrke som informationsniveau, og at forbrugeren som følge heraf tiltræder betingelser, som på forhånd er udarbejdet af den erhvervsdrivende, uden at han kan øve nogen indflydelse på disses indhold [61]. Domstolen udtalte, at formålet med artikel 6 i direktiv 93/13, hvorefter

58 — Jf. Océano Grupo-dommen, nævnt i fodnote 13.

59 — Jf. Cofidis-dommen, nævnt i fodnote 14.

60 — Jf. Mostaza Claro-dommen, nævnt i fodnote 15.

61 — Jf. Océano Grupo-dommen, nævnt i fodnote 13, præmis 25.

medlemsstaterne pålægges at fastsætte, at urimelige vilkår ikke binder forbrugerne, ikke vil kunne nås, såfremt forbrugerne måtte anses for forpligtet til selv at gøre gældende, at sådanne vilkår er af urimelig karakter [62]. Domstolen fremhævede, at der er en risiko for, at forbrugeren bl.a. på grund af ukendskab til reglerne ikke gør gældende, at det vilkår, som påberåbes over for ham, er urimeligt. Ifølge Domstolen kan en effektiv beskyttelse af forbrugeren følgelig kun opnås, såfremt den nationale domstol anses for berettiget til at tage stilling til et sådant vilkår ex officio [63].

65. I Océano Grupo-dommen fastslog Domstolen desuden, at domstolens adgang til ex officio at tage stilling til, om et vilkår er urimeligt, er et egnet middel såvel til at nå det i direktivets artikel 6 foreskrevne resultat, nemlig at hindre, at den enkelte forbruger er bundet af et urimeligt vilkår, som til at fremme virkeliggørelsen af det mål, der omhandles i direktivets artikel 7 [64], eftersom en sådan stillingtagen samtidig kan have en præventiv virkning med henblik på at bringe anvendelsen af urimelige vilkår i kontrakter mellem forbrugere og erhvervsdrivende til ophør [65].

62 — Ibidem, præmis 26.

63 — Ibidem, præmis 26. Domstolen har efterfølgende bekræftet dette i Cofidis-dommen, nævnt i fodnote 14, præmis 33, og i Mostaza Claro-dommen, nævnt i fodnote 15, præmis 28.

64 — I artikel 7 i direktiv 93/13 fastslås det i stk. 1, at medlemsstaterne »sikrer, at der findes egnede og effektive midler til at bringe anvendelsen af urimelige kontraktvilkår i aftaler, der indgås mellem forbrugere og erhvervsdrivende, til ophør«, og i stk. 2, at disse midler »skal omfatte bestemmelser, i henhold til hvilke personer eller organisationer, der ifølge national lov har en legitim interesse i at beskytte forbrugerne, efter national ret kan indbringe en sag for retsmyndighederne eller de kompetente administrative myndigheder, for at disse kan afgøre, om kontraktvilkår […] er af urimelig karakter […]«. Formålet med artikel 7 er således at sikre, at forbrugerbeskyttelsen ligeledes omfatter retsundergivne, der ikke er parter i aftalen.

65 — Jf. Océano Grupo-dommen, nævnt i fodnote 13, præmis 28. Domstolen har efterfølgende bekræftet dette i Cofidis-dommen, nævnt i fodnote 14, præmis 32, og i Mostaza Claro-dommen, nævnt i fodnote 15, præmis 27.

66. I Océano Grupo-dommen har Domstolen således fastslået, at den beskyttelse, som direktiv 93/13 giver forbrugerne, ligeledes indebærer, *at den nationale domstol ex officio kan tage stilling til, om et vilkår i en kontrakt er urimeligt* [66].

67. I Cofidis-dommen fremhævede Domstolen på tilsvarende vis, at en rets adgang til ex officio at tage stilling til, om et vilkår er urimeligt, er nødvendig af hensyn til en effektiv forbrugerbeskyttelse, bl.a. i forhold til den ikke ubetydelige risiko for, at forbrugeren ikke kender sine rettigheder eller møder vanskeligheder ved at udøve dem [67]. Domstolen udtalte således i denne sag, at direktiv 93/13 er til hinder for en national ordning, der i sager anlagt af erhvervsdrivende mod forbrugere på grundlag af en gensidig kontrakt forbyder den nationale ret efter udløbet af en forældelsesfrist af egen drift eller efter en indsigelse fra forbrugeren at henvise til et urimeligt vilkår i kontrakten [68].

68. Domstolen bekræftede de ovenstående principper i Mostaza Claro-dommen, hvori den fastslog, at direktiv 93/13 skal fortolkes således, at det indebærer, at en national ret, der er blevet forelagt et søgsmål om annullation af en voldgiftskendelse, skal efterprøve, om voldgiftsaftalen er ugyldig, og annullere kendelsen med den begrundelse, at aftalen indeholder et urimeligt kontraktvilkår, selv om forbrugeren ikke har påberåbt sig ugyldig-

66 — Jf. Océano Grupo-dommen, nævnt i fodnote 13, punkt 1 i konklusionen.

67 — Jf. Cofidis-dommen, nævnt i fodnote 14, præmis 33.

68 — Jf. Cofidis-dommen, nævnt i fodnote 14, præmis 38 og konklusionen.

heden under voldgiftssagen, men først under annullationssøgsmålet [69].

b) Retspraksis vedrørende direktiv 87/102

69. Som fremhævet af Kommissionen har Domstolen allerede anvendt retspraksis fra dommene i sagerne Océano Grupo, Cofidis og Mostaza Claro på et andet direktiv om forbrugerbeskyttelse, nemlig direktiv 87/102. I Rampion-dommen [70] udtalte Domstolen, at direktiv 87/102 skal fortolkes således, at *det giver de nationale retsinstanser mulighed for af egen drift at anvende de bestemmelser, der i national ret gennemfører direktivets artikel 11, stk. 2* [71]. I denne bestemmelse i direktiv 87/102 fastslås det, at forbrugeren, når nærmere fastlagte forudsætninger er opfyldt [72], har ret til at tage retsmidler i anvendelse mod kreditgiveren, og at medlemsstaterne skal bestemme, i hvilket omfang og på hvilke betingelser disse retsmidler kan tages i anvendelse.

70. I præmisserne i Rampion-dommen præciserede Domstolen, at direktiv 87/102 blev vedtaget med det dobbelte formål at sikre dels etableringen af et fælles marked for forbrugerkredit, dels beskyttelsen af forbrugere, der indgår sådanne kreditaftaler [73]. Formålet med direktivets artikel 11, stk. 2, er at tillægge forbrugeren rettigheder over for kreditgiveren, der går ud over de almindelige aftalebestemte rettigheder, som forbrugeren har over for leverandøren af varerne eller tjenesteydelserne [74]. Domstolen fandt, at denne målsætning ikke kan opfyldes effektivt, hvis forbrugeren selv er forpligtet til at påberåbe sig den ret til at tage retsmidler i brug over for kreditgiveren, bl.a. på grund af risikoen for, at forbrugeren er uvidende om sine rettigheder eller har vanskeligheder med at udøve dem [75].

5. Anvendelse af retspraksis vedrørende direktiv 93/13 og 87/102 på den foreliggende sag

71. Ovennævnte retspraksis kan efter min mening anvendes på den foreliggende sag under forudsætning af, at det sikres, at de i retspraksis nævnte principper anvendes med de nødvendige tilpasninger og i overensstemmelse med formålet med og de konkrete bestemmelser i direktiv 85/577.

69 — Jf. Mostaza Claro-dommen, nævnt i fodnote 15, præmis 39 og konklusionen.

70 — Jf. Rampion-dommen, nævnt i fodnote 22.

71 — Ibidem, præmis 69 og konklusionen.

72 — I artikel 11, stk. 2, i direktiv 87/102 angives følgende forudsætninger: »Når: a) forbrugeren med henblik på køb eller erhvervelse af løsøre eller tjenesteydelser indgår en kreditaftale med en anden person end den, som leverer disse, og b) der mellem kreditgiveren og leverandøren af løsøret eller af tjenesteydelserne allerede består en aftale, ifølge hvilken kredit til den pågældende leverandørs kunder med henblik på erhvervelse af løsøre eller tjenesteydelser hos den pågældende leverandør alene stilles til rådighed af den pågældende kreditgiver, og c) den i litra a) omhandlede forbruger opnår sin kredit i henhold til denne allerede bestående aftale, og d) løsøre eller tjenesteydelser, der er omfattet af kreditaftalen, ikke eller kun delvis leveres eller præsteres, eller ikke er i overensstemmelse med leveringsaftalen, og e) forbrugeren har taget retsmidler i anvendelse mod leverandøren, men ikke har fået fyldestgjort det krav, som han var berettiget til. Det overlades til medlemsstaterne at bestemme, i hvilket omfang og på hvilke betingelser disse

73 — Jf. Rampion-dommen, nævnt i fodnote 22, præmis 59.

74 — Ibidem, præmis 64.

75 — Ibidem, præmis 65.

72. Først og fremmest kan de *overvejelser*, der ligger til grund for ovennævnte retspraksis, dvs. de præmisser, som Domstolen lagde til grund for sin afgørelse i de ovennævnte domme, utvivlsomt anvendes på den foreliggende sag. Retspraksis fra Océano Grupo-dommen, Cofidis-dommen, Mostaza Claro-dommen og Rampion-dommen hviler på den betragtning, at forbrugeren befinder sig i en svagere stilling end den erhvervsdrivende [76], og at der er en risiko for, at forbrugeren ikke kender sine rettigheder eller møder vanskeligheder ved at udøve dem [77]. Den ordning, der er oprettet ved direktiv 85/577, bygger ligeledes på det forhold, at forbrugeren i kontraktsammenhæng er den svageste part og derfor bør være omfattet af en særlig beskyttelse, hvilket navnlig fremgår af kravet om, at forbrugeren skriftligt skal oplyses om sin fortrydelsesret, idet det antages, at forbrugeren ikke ville være bekendt med denne rettighed, hvis ikke han blev oplyst herom, og af medlemsstaternes forpligtelse til at fastsætte egnede foranstaltninger, hvis forbrugeren ikke modtager de ovennævnte oplysninger [78]. Målsætningen om et højt forbrugerbeskyttelsesniveau er følgelig identisk i såvel direktiv 93/13 og 87/102 som direktiv 85/577 [79]. I alle disse bestemmelser tages der således udgangspunkt i, at der er risiko for, at forbrugeren er uvidende om sine rettigheder. Denne ulighed mellem forbrugeren og den erhvervsdrivende kan alene ophæves ved positive foranstaltninger, der er uafhængige af kontraktparterne selv [80].

73. Ved anvendelsen af ovennævnte retspraksis er det desuden nødvendigt at foretage en tydelig sondring mellem det, som den nationale ret af egen drift *tager stilling til*, og *konsekvenserne* af denne stillingtagen. Det væsentlige punkt i retspraksis vedrørende direktiv 93/13 er, at det bestemmes, at den nationale ret af egen drift tager stilling til, om et vilkår i en kontrakt er urimeligt, og ikke, at den nationale ret har mulighed for at erklære, at det pågældende vilkår ikke er bindende for forbrugeren. Denne mulighed er blot en konsekvens af rettens konstatering af, at det pågældende vilkår er urimeligt [81]. Med hensyn til virkningerne af direktiv 87/102 anvender den nationale ret ligeledes af egen drift de bestemmelser, hvormed dette direktivs artikel 11, stk. 2, blev gennemført i den interne retsorden. Konsekvenserne fastsættes imidlertid i nationale bestemmelser og kan variere fra medlemsstat til medlemsstat. I lighed med sondringen mellem stillingtagen

76 — Forbrugerens svagere position i forhold til den erhvervsdrivende fremhæves f.eks. i Océano Grupo-dommen, nævnt i fodnote 13, præmis 25, og i Mostaza Claro-dommen, nævnt i fodnote 15, præmis 26.

77 — Jf. Océano Grupo-dommen, nævnt i fodnote 13, præmis 26, Cofidis-dommen, nævnt i fodnote 14, præmis 33, Mostaza Claro-dommen, nævnt i fodnote 15, præmis 28, og Rampion-dommen, nævnt i fodnote 22, præmis 65.

78 — Domstolen har fremhævet, at hovedformålet med direktiv 85/577 er at beskytte forbrugeren mod en risiko, der følger af omstændigheder, som er særlige for indgåelsen af en aftale uden for den erhvervsdrivendes faste forretningssted, og at beskyttelsen af forbrugeren er gennemført på den måde, at der er indført en fortrydelsesret; jf. Heininger-dommen, nævnt i fodnote 17, præmis 38, og dom af 25.10.2005, sag C-350/03, Schulte, Sml. I, s. 9215, præmis 66, samt Hamilton-dommen, nævnt i fodnote 23, præmis 32.

79 — Jeg gør opmærksom på, at kravet om et højt forbrugerbeskyttelsesniveau ligeledes fremgår af artikel 38 i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder, nævnt i fodnote 5, hvori det fastslås, at der sikres et højt forbrugerbeskyttelsesniveau i Unionens politikker.

80 — Jf. analogt Océano Grupo-dommen, nævnt i fodnote 13, præmis 27, og Mostaza Claro-dommen, nævnt i fodnote 15, præmis 26.

81 — Jeg gør opmærksom på, at de konsekvenser, som anvendelsen af urimelige vilkår i kontrakter i medfør af direktiv 93/13 medfører, adskiller sig fra de konsekvenser, som i henhold til direktiv 85/577 følger af manglende orientering af forbrugeren om dennes ret til at træde tilbage fra kontrakten. I medfør af artikel 6, stk. 1, i direktiv 93/13 påhviler det udtrykkeligt medlemsstaterne at fastsætte, at »urimelige kontraktvilkår i en aftale, som en erhvervsdrivende har indgået med en forbruger, *ikke binder forbrugeren* […]« (min fremhævelse). I artikel 4, stk. 3, i direktiv 85/577 bestemmes det derimod udelukkende, at »[m]edlemsstaterne sørger for, at der i deres nationale lovgivning *fastsættes egnede foranstaltninger* til beskyttelse af forbrugeren, hvis den i denne artikel omhandlede meddelelse ikke gives« (min fremhævelse). Forskellen mellem disse to former for konsekvenser viser sig ligeledes i det forhold, at det for så vidt angår direktiv 93/13 er fællesskabsretten, der er afgørende for straffen for at anvende et urimeligt vilkår, mens virkningerne reguleres i henhold til national lovgivning ved manglende oplysning af forbrugeren om dennes fortrydelsesret.

af egen drift og konsekvenserne af denne stillingtagen synes det at være rimeligt, at den nationale domstol inden for rammerne af direktiv 85/577 af egen drift tager stilling til, *om forbrugeren er blevet oplyst om sin ret til at træde tilbage fra kontrakten*.

74. I denne forbindelse er det naturligvis spørgsmålet, hvilke konsekvenser denne konstatering af manglende oplysninger har. Den forelæggende ret er af den opfattelse, at en egnet foranstaltning til beskyttelse af forbrugeren i sådanne tilfælde ville være, at aftalen erklæres for absolut ugyldig, hvilket er en strengere foranstaltning end den i spansk lovgivning fastsatte relative ugyldighed. Tilbage står imidlertid stadig spørgsmålet om, hvorvidt absolut ugyldighed som følge af manglende oplysning af forbrugeren udgør en foranstaltning, der er i overensstemmelse med formålet med direktiv 85/577. Som det var tilfældet i forbindelse med den relative ugyldighed, er det således nødvendigt at fastslå, om den nationale rets erklæring af egen drift om, at en kontrakt er absolut ugyldig, udgør en egnet foranstaltning til beskyttelse af forbrugerne i medfør af artikel 4, stk. 3, i ovennævnte direktiv.

75. I forbindelse med spørgsmålet om, hvorvidt absolut ugyldighed er en egnet foranstaltning, ønsker jeg først og fremmest at drage paralleller mellem forbrugerens ret til at træde tilbage fra kontrakten og hans ret til at træffe beslutning om gyldigheden af en aftale, der er indgået, uden at han var i besiddelse af de ovennævnte oplysninger. Der skal tages højde for det forhold, at udøvelsen af retten til at træde tilbage fra aftaler indgået uden for fast forretningssted afhænger af forbrugerens vilje. I artikel 5, stk. 1, i direktiv 85/577 fastslås det, at »[f]orbrugeren *har ret til*[82] at træde tilbage fra aftalen […]«. Kernen i denne bestemmelse er således, at det er forbrugeren selv, der afgør, om han ønsker at træde tilbage fra kontrakten eller ej. Af direktivets artikel 5, stk. 2, fremgår det imidlertid, at forbrugeren kun frigøres fra enhver forpligtelse i henhold til den aftale, som han er trådt tilbage fra, hvis han giver modparten meddelelse herom. For at frigøre forbrugeren fra dennes forpligtelser i henhold til aftalen er det således nødvendigt, at han træffer en beslutning og handler i overensstemmelse hermed ved at give modparten meddelelse om tilbagetrædelsen.

76. Ud over at forbrugeren skal have mulighed for selv at udøve sin fortrydelsesret, bør han samtidig have mulighed for selv at beslutte, om den aftale, der blev indgået, uden at han havde modtaget de ovenstående oplysninger, skal opretholdes eller ej. Det er faktisk muligt, at forbrugeren agter at bekræfte aftalens gyldighed, selv om han ikke er blevet oplyst om sin fortrydelsesret. Hvis aftalen i den foreliggende sag erklæres for ugyldig i medfør af spansk lovgivning, skal forbrugeren principielt og i henhold til

82 — Min fremhævelse. Jf. ligeledes andre sprogudgaver af denne del af bestemmelsen: på fransk (»le consommateur a le droit«), engelsk (»the consumer shall have the right«), tysk (»der Verbraucher besitzt das Recht«), italiensk (»il consumatore ha il diritto«) og spansk (»el consumidor tendrá el derecho«).

princippet quod nullum est, nullum producit effectum [83] returnere de modtagne varer til den erhvervsdrivende, men har omvendt ret til at få tilbagebetalt det allerede betalte beløb [84]. Det er imidlertid muligt, at dette ikke vil udgøre en fordel for forbrugeren — det kan tværtimod være, at ugyldiggørelsen af en sådan aftale kan være til direkte ulempe for forbrugeren [85]. I bestræbelserne på at overbeskytte forbrugeren er det derfor muligt, at man i stedet påfører ham en skade, hvilket illustreres meget godt med det latinske ordsprog summum jus, summa injuria [den højeste ret er den højeste uret — o.a.].

77. Det er desuden væsentligt at være opmærksom på, at man ved antagelsen af princippet om absolut gyldighed træder endnu et skridt uden for grænserne for den retspraksis, der vedrører direktiv 93/13. Faktisk er det i henhold til artikel 6, stk. 1, i direktiv 93/13 tilladt, at »aftalen forbliver bindende for parterne […], hvis den kan opretholdes uden de urimelige kontraktvilkår«. I lyset af direktiv 93/13 tager den nationale domstol af egen drift udelukkende stilling til, om konkrete vilkår i aftalen er urimelige, men aftalen vil fortsat være gyldig, hvis den kan opretholdes uden de vilkår, der anses for at være urimelige. I den foreliggende sag agter den forelæggende ret imidlertid at erklære hele aftalen for ugyldig, hvorefter konsekvenserne for denne vil være langt alvorligere end konsekvenserne i henhold til direktiv 93/13.

78. Jeg anser derfor ikke en national domstols erklæring om, at en aftale er absolut ugyldig som følge af manglende oplysninger til forbrugeren om dennes fortrydelsesret, for at udgøre en egnet foranstaltning til beskyttelse af forbrugerne i medfør af artikel 4, stk. 3, i direktiv 85/577.

79. I forbindelse med fastlæggelsen af konsekvenserne som følge af den nationale rets konstatering af manglende oplysninger til

83 — Dette princip indebærer, at den ugyldige aftale ikke får retsvirkninger, hvilket der for så vidt angår spansk ret f.eks. redegøres for i L. Díez-Picazo og A. Gullón, *Sistema de derecho civil*, bind II, syvende udg., Tecnos, Madrid, 1995, s. 109. Set fra en retssammenlignende synsvinkel bør det bemærkes, at dette princip ligeledes anerkendes i andre medlemsstaters lovgivninger, jf. f.eks. vedrørende fransk ret i J. Flour m.fl., nævnt i fodnote 30, s. 297, punkt 361, og vedrørende slovensk ret i A. Polajnar Pavčnik, nævnt i fodnote 34, kommentar til § 86, s. 507.

84 — Jf. § 1.303 i den spanske civillovbog. Vedrørende den spanske lovgivnings bestemmelser om forpligtelsen til at returnere de modtagne varer som følge af en aftales ugyldighed henvises der til L. Díez-Picazo og A. Gullón, nævnt i fodnote 83, s. 111. Andre medlemsstaters lovgivninger indeholder tilsvarende bestemmelser, f.eks. vedrørende tysk ret, K. Larenz og M. Wolf, nævnt i fodnote 32, s. 797, punkt 8, hvori det bestemmes, at man i forbindelse med ugyldige aftaler skal genoprette den situation, der bestod, før den ugyldige aftale blev opfyldt, vedrørende fransk ret, J. Flour m.fl., nævnt i fodnote 30, s. 298, punkt 362, og vedrørende slovensk ret, A. Polajnar Pavčnik, nævnt i fodnote 34, kommentar til § 87, s. 513 ff.

85 — Vi forestiller os en dørsalgssituation, hvor forbrugeren i forsalg og til en lavere forkøbspris køber et leksikon. Forbrugeren betaler prisen, men den erhvervsdrivende leverer ikke varerne rettidigt, hvorfor forbrugeren anlægger sag mod denne. Domstolen vurderer, at forbrugeren ikke er oplyst om sin ret til at træde tilbage fra aftalen, og erklærer følgelig aftalen for ugyldig. Den erhvervsdrivende tilbagebetaler det erlagte beløb til forbrugeren, men da denne stadig ønsker at anskaffe sig det pågældende leksikon og bestiller det på ny, er prisen højere, da det ikke længere er muligt at købe det til den lavere forsalgspris.

forbrugeren om dennes fortrydelsesret er det derfor nødvendigt at finde et alternativ, der er mere passende i forhold til formålet med direktiv 85/577, ved hjælp af en teleologisk fortolkning.

80. Efter min opfattelse nås målet med direktiv 85/577 bedst ved, at den nationale domstol *oplyser forbrugeren om de rettigheder, som han i dette tilfælde har i medfør af den nationale lovgivning,* når den af egen drift fastslår, at forbrugeren ikke er oplyst om sin fortrydelsesret. På denne måde vil der for det første blive sikret en passende forbrugerbeskyttelse, og for det andet får forbrugerne i overensstemmelse med princippet om privatautonomi [86] mulighed for selv at beslutte, om de ønsker aftalen opretholdt, såfremt de ikke er blevet oplyst om deres fortrydelsesret.

81. Med den løsning, hvorefter den nationale domstol oplyser forbrugeren om dennes rettigheder i medfør af den nationale lovgivning, overholdes desuden medlemsstaternes ret, der er sikret i artikel 4, stk. 3, i direktiv 85/577, til selv at fastsætte egnede foranstaltninger, hvis forbrugeren ikke er blevet oplyst om sin ret til at træde tilbage fra aftalen. Hvis den nationale domstol blev bemyndiget til af egen drift at erklære aftaler, som er blevet indgået uden meddelelse af disse oplysninger, for ugyldige, ville medlemsstaterne blive frataget deres skønsmæssige beføjelse i medfør af direktivet til at fastlægge konsekvenserne for disse aftaler. Det fremgår nemlig af retssammenligningsanalysen, at medlemsstaterne i forbindelse med gennemførelsen af artikel 4, stk. 3, i direktiv 85/577 faktisk har fastsat grundlæggende forskellige foranstaltninger til iværksættelse i situationer, hvor forbrugeren ikke er blevet oplyst om sin fortrydelsesret. Disse forskellige foranstaltninger kan groft inddeles i to grupper. I det følgende illustreres de foranstaltninger, som nogle medlemsstater har fastsat, idet jeg dog undlader at vurdere, om bestemmelserne i direktiv 85/577 er gennemført korrekt ved disse nationale foranstaltninger.

82. Den første gruppe omfatter de medlemsstater, der i lovgivningen erklærer aftaler, som er indgået, uden at forbrugeren er blevet

86 — Jf. f.eks. J. Basedow, Die Europäische Union zwischen Marktfreiheit und Überregulierung — Das Schicksal der Vertragsfreiheit, *Bitburger Gespräche Jahrbuch 2008/I*, Beck, München, 2009, s. 86, hvori det fremhæves, at aftalefriheden er privatautonomiens vigtigste element. For så vidt angår privatautonomien henvises der af sammenligningshensyn til K. Larenz og M. Wolf, *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*, niende udg., Beck, München, 2004, s. 2, punkt 2, der vedrører den tyske lovgivning, til H. Koziol og R. Welser, *Grundriss des bürgerlichen Rechts. Band I: Allgemeiner Teil — Sachenrecht — Familienrecht*, 11. udg., Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien, 2000, s. 84, der vedrører den østrigske lovgivning, til L. Díez-Picazo og A. Gullón, *Sistema de derecho civil*, bind I, tiende udg., Tecnos, Madrid, 2002, s. 369 ff., på s. 375, der vedrører den spanske lovgivning, og til J.-L. Aubert og É. Savaux, *Les obligations. I. Acte juridique*, 12. udg., Sirey, Paris, 2006, s. 72, punkt 99 ff., der vedrører den franske lovgivning.

oplyst om sin fortrydelsesret, for ugyldige (f.eks. Belgien [87], Luxembourg [88], Nederlandene [89] og Spanien [90]) eller for at være uden virkning i forhold til forbrugeren (f.eks. Finland [91]) eller for at være aftaler, som den erhvervsdrivende ikke kan kræve, at forbrugeren opfylder (f.eks. Irland [92] og Det Forenede Kongerige [93]). Den anden gruppe består af de medlemsstater, hvori tilbagetrædelsesfristen forlænges som følge af den manglende oplysning af forbrugeren [94] (f.eks. Østrig [95], Den Tjekkiske Republik [96], Italien [97], Tyskland [98] og Slovenien [99]). Der skal desuden erindres om, at nogle medlemsstater idømmer en bødestraf (f.eks. Belgien [100] og Italien [101]) i tillæg til hovedstraffen — der f.eks. omfatter en erklæring om, at aftalen er ugyldig, eller forlængelse af fristen for tilbagetrædelse — for at have undladt at orientere forbrugeren. Det bemærkes, at dette spørgsmål ud fra retssætningen de lege ferenda muligvis vil blive

87 — Vedrørende Belgien henvises der til § 88, stk. 3, i Loi du 14.7.1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur, hvori det fastslås, at konsekvensen af manglende oplysning af forbrugeren er, at aftalen erklæres for ugyldig. Det bemærkes, at det i loven ikke er præciseret, om det drejer sig om relativ ugyldighed eller absolut ugyldighed, og at der ligeledes hersker uenighed blandt de belgiske dommere herom, jf. f.eks. dom afsagt af Hof van Beroep te Antwerpen den 31.10.2005, *Rechtskundig Weekblad 2007-08*, nr. 22 af 26.1.2008, hvori domstolen fastslog, at det drejede sig om absolut ugyldighed, samt dom afsagt af Hof van Beroep te Gent den 21.2.2007, *Jaarboek Handelspraktijken & Mededinging 2007*, s. 369, hvori domstolen udtalte sig til fordel for den relative ugyldighed.

88 — Vedrørende Luxembourg henvises der til § 10, stk. 4, i Loi du 16.7.1987 concernant le colportage, la vente ambulante, l'étalage de marchandises et la sollicitation de commandes, der indeholder bestemmelser om aftalens ugyldighed og om forbrugerens mulighed for at påberåbe sig, at aftalen er ugyldig, såfremt han ikke er blevet oplyst om sin fortrydelsesret.

89 — Jf. § 24, stk. 1, i Nederlandenes Colportagewet, hvori det fastslås, at manglende oplysning af forbrugeren medfører, at aftalen erklæres for ugyldig. Som følge af den generelle sondring mellem »ugyldighed« og »anfægtelighed« i nederlandsk ret omhandler denne bestemmelse de situationer, hvor domstolen af egen drift erklærer en aftale for ugyldig, jf. A.S. Hartkamp, *Verbintenissenrecht*, anden del, 12. udg., Kluwer, Deventer, 2005, s. 484, punkt 459.

90 — Som anført i punkt 13 i nærværende forslag til afgørelse fremgår det af § 4 i den spanske *Ley 26/1991, de 21 de noviembre, sobre contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles,* at aftaler indgået eller tilbud afgivet i strid med forpligtelsen til at oplyse forbrugeren om dennes fortrydelsesret kan erklæres for ugyldige på forbrugerens begæring.

91 — Vedrørende Finland henvises der til kapitel 6, § 20, i Kuluttajansuojalaki 38/1978, hvori det fastslås, at aftalen ikke er bindende for forbrugeren, men at denne er forpligtet til at gøre opmærksom på, at aftalen ikke har retsvirkninger.

92 — Vedrørende Irland henvises der til § 4, stk. 1, litra b), i European Communities (Cancellation of Contracts negotiated away from business premises) Regulations, 1989, hvoraf det desuden fremgår, at den erhvervsdrivende ikke kan kræve, at forbrugeren opfylder aftalen (»*the contract shall not be enforceable*«), såfremt forbrugeren ikke er blevet oplyst om sin fortrydelsesret.

93 — I Det Forenede Kongerige finder § 7, stk. 6, i The Cancellation of Contracts made in a Consumer's Home or Place of Work etc. Regulations 2008 anvendelse, hvorefter den erhvervsdrivende ikke kan kræve, at forbrugeren opfylder aftalen (»*the contract shall not be enforceable*«), såfremt forbrugeren ikke er blevet oplyst om sin fortrydelsesret.

94 — I denne forbindelse undersøger jeg ikke spørgsmålet om, hvorvidt de nationale bestemmelser, hvorefter der alligevel fastsættes en tidsfrist for denne forlængede periode, er i overensstemmelse med Domstolens dom i Heininger-sagen, nævnt i fodnote17.

95 — Jf. § 3, stk. 1, i den østrigske Konsumentenschutzgesetz, i medfør af hvilken fristen for tilbagetrædelse fra aftalen regnes fra det tidspunkt, hvor forbrugeren oplyses om sin fortrydelsesret.

96 — For så vidt angår den tjekkiske lovgivning henvises der til § 57, stk. 3, i Občiansky zákonník — Zákon č. 40/1964, hvorefter forbrugeren, såfremt han ikke er blevet oplyst om sin fortrydelsesret, kan træde tilbage fra aftalen inden for en frist af et år regnet fra datoen for aftalens indgåelse.

97 — For så vidt angår Italien henvises der til § 65, stk. 3, i Codice del consumo, hvori det bestemmes, at såfremt forbrugeren ikke er blevet oplyst om sin fortrydelsesret, forlænges fristen for udøvelsen af denne til 60 dage at regne fra datoen for forbrugerens modtagelse af varerne (aftaler om køb af varer) og fra datoen for aftalens indgåelse (aftaler om køb af tjenesteydelser).

98 — Jf. § 355, stk. 3, i den tyske Bürgerliches Gesetzbuch (BGB*)*, hvorefter forbrugerens ret til at træde tilbage fra aftalen er tidsubegrænset, såfremt forbrugeren ikke er blevet behørigt oplyst om denne rettighed.

99 — Jf. § 43č, stk. 4, i den slovenske Zakon o varstvu potrošnikov, i medfør af hvilken fristen for at træde tilbage fra aftalen, såfremt forbrugeren ikke har modtaget oplysningerne, er tre måneder. § 43č omhandler i virkeligheden tilbagetrædelse i forbindelse med fjernsalgsaftaler, men finder i medfør af lovens § 46c, stk. 4, analog anvendelse på aftaler indgået uden for fast forretningssted.

100 — I Belgien indeholder § 102, stk. 7, i Loi du 14.7.1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur bestemmelser om idømmelse af bødestraf, såfremt disse oplysninger ikke er givet.

101 — Bestemmelsen om en administrativ bødestraf er indeholdt i § 62 i Italiens Codice del consumo.

harmoniseret ved direktivforslaget om forbrugerrettigheder [102], hvori det fastslås, at i det tilfælde, hvor den erhvervsdrivende ikke har orienteret forbrugeren om dennes ret til at træde tilbage fra aftalen, udløber fortrydelsesfristen tre måneder efter det tidspunkt, hvor den erhvervsdrivende har opfyldt sine øvrige aftalemæssige forpligtelser fuldt ud [103].

83. Endelig skal det undersøges, om bestemmelserne i direktiv 85/577 udgør ufravigelige retsprincipper. I Mostaza Claro-dommen [104] betegnede Domstolen allerede implicit bestemmelserne i direktiv 93/13 som værende ufravigelige retsprincipper [105], idet der i denne forbindelse navnlig blev lagt vægt på, at direktivets artikel 6, stk. 1, er en bindende bestemmelse. Med hensyn til direktiv 85/577 kan det ligeledes fastslås, at direktivets artikel 4 — hvorefter den erhvervsdrivende skriftligt skal oplyse forbrugeren om dennes ret til at træde tilbage fra aftalen — er en ufravigelig bestemmelse, hvis formål som følge af en af aftaleparternes svagere position er at erstatte den formelle balance mellem aftaleparternes rettigheder og forpligtelser med en reel balance mellem disse. Som fremhævet af Domstolen i Mostaza Claro-dommen vedrørende direktiv 93/13 kan det hvad angår direktiv 85/577 desuden fastslås, at dette direktiv, der har til hensigt at styrke forbrugerbeskyttelsen, efter artikel 3, stk. 1, litra t), EF, er et instrument, der er nødvendigt for udførelsen af de opgaver, som er blevet overdraget til Fællesskabet, og navnlig for en forbedring af levestandarden og livskvaliteten i hele Fællesskabet [106].

84. Såfremt Domstolen ikke er enig i ovenstående argumenter vedrørende de ufravigelige retsprincipper, henleder jeg opmærksomheden på, at Domstolen i Océano Grupo-dommen og Cofidis-dommen ikke henviste til de ufravigelige retsprincipper som begrundelse for den nationale rets behandling ex officio, men derimod *udelukkende til en effektiv beskyttelse af forbrugeren*, som på grund af risikoen for forbrugerens ukendskab til reglerne kun kan opnås, såfremt den nationale domstol anses for berettiget til at tage stilling ex officio [107]. I den foreliggende sag er det utvivlsomt også nødvendigt at sikre en effektiv beskyttelse af forbrugerne, og dette

102 — Forslag til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv om forbrugerrettigheder (KOM(2008) 614 endelig). Dette direktiv skal erstatte direktiv 85/577 og 93/13 samt Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 97/7/EF af 20.5.1997 om forbrugerbeskyttelse i forbindelse med aftaler om fjernsalg (EFT L 144, s. 19) og Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 1999/44/EF af 25.5.1999 om visse aspekter af forbrugerkøb og garantier i forbindelse hermed (EFT L 171, s. 12). Jf. artikel 47 i forslag til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv om forbrugerrettigheder (KOM(2008) 614 endelig) samt den tilhørende begrundelse (s. 3).

103 — Jf. artikel 13 i forslag til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv om forbrugerrettigheder (KOM(2008) 614 endelig).

104 — Jf. Mostaza Claro-dommen, nævnt i fodnote 15, præmis 35-38.

105 — I denne forbindelse henvises der ligeledes til R. Jordans, Anmerkung zu EuGH Rs. C-168/05 — Elisa Maria Mostaza Claro gegen Centro Móvil Milenium SL, *Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht*, nr. 1/2007, s. 50, P. Courbe, C. Brière, A. Dionisi-Peyrusse, F. Jault-Seseke og C. Legros, Clause compromissoire et réglementation des clauses abusives: CJCE, 26 octobre 2006, *Petites affiches*, nr. 152/2007, s. 14, samt G. Poissonnier og J.-P. Tricoit, La CJCE confirme sa volonté de voir le juge national mettre en oeuvre le droit communautaire de la consommation, *Petites affiches*, nr. 189/2007, s. 15.

106 — Jf. Mostaza Claro-dommen, nævnt i fodnote 15, præmis 37.

107 — Jf. Océano Grupo-dommen, nævnt i fodnote 13, præmis 26, og Cofidis-dommen, nævnt i fodnote 14, præmis 33. Dette blev ligeledes understreget i generaladvokat Mengozzis forslag til afgørelse fremsat den 29.3.2007 i forbindelse med Rampion-dommen, nævnt i fodnote 22, punkt 61.

krav bør efter min opfattelse være en tilstrækkelig begrundelse for den nationale domstols behandling ex officio, uden at det er nødvendigt at fremføre argumenterne om ufravigelige retsprincipper.

85. Efter min mening er den løsning, hvor den nationale domstol efter af egen drift at have fastslået, at forbrugeren ikke er blevet orienteret om sin fortrydelsesret, gør forbrugeren bekendt med dennes rettigheder i medfør af, i dette tilfælde, den nationale lovgivning, heller ikke i strid med Domstolens dom i Hamilton-sagen [108]. I denne dom — der omhandler spørgsmålet om, hvorvidt en bestemmelse udgør en egnet foranstaltning til beskyttelse af forbrugeren, når forbrugerens fortrydelsesret ophører en måned efter, at begge parter har erlagt deres ydelser fuldstændigt i henhold til en lånekontrakt af lang varighed — fremhævede Domstolen, at det i artikel 4, stk. 3, i direktiv 85/577 anvendte udtryk »egnede« betyder, at de omhandlede foranstaltninger ikke indebærer en fuldstændig beskyttelse af forbrugeren [109], og at både direktivets hele opbygning og affattelsen af flere af dets bestemmelser er udtryk for, at beskyttelsen er undergivet visse begrænsninger [110]. Der skal imidlertid tages højde for, at disse begrænsninger vedrører de særlige faktiske omstændigheder, som blev behandlet i den pågældende sag, hvor begge parter havde erlagt deres ydelser fuldstændigt i henhold til kontrakten [111].

86. Det fremgår imidlertid af beskrivelsen af de faktiske omstændigheder i hovedsagen, som fremgår af forelæggelseskendelsen, at de aftalemæssige forpligtelser endnu ikke er opfyldt fuldt ud. De købte varer er leveret til forbrugeren, og af købsprisen, der i alt beløb sig til 1 909 EUR, har forbrugeren erlagt 47,48 EUR, dvs. kun en brøkdel af denne. Den erhvervsdrivende anlagde sag mod forbrugeren for dennes manglende opfyldelse af den aftalemæssige forpligtelse. Den foreliggende sag omhandler således ikke spørgsmålet om de begrænsninger af forbrugerbeskyttelsen, som Domstolen indførte med Hamilton-dommen, idet ingen af parterne endnu har erlagt deres ydelser fuldstændigt i henhold til kontrakten.

108 — Hamilton-dommen, nævnt i fodnote 23.

109 — Ibidem, præmis 39. Dette fremhæves ligeledes i retsvidenskaben, jf. f.eks. P. Mankowski, Die gemeinschaftsrechtliche Kontrolle von Erlöschenstatbeständen für verbraucherschützende Widerrufsrechte, *Juristenzeitung*, nr. 23/2008, s. 1143.

110 — Ibidem, præmis 40.

111 — I retsvidenskaben fremhæves dette aspekt f.eks. af K. Kroll i Vertragserfüllung als zeitliche Grenze des verbraucherschützenden Widerrufsrechts, *Neue Juristische Wochenschrift*, nr. 28/2008, s. 2000. Der henvises i denne forbindelse ligeledes til H. Edelmann, EuGH: Kein grenzenloser Verbraucherschutz, *Betriebs-Berater*, nr. 19/2008, s. 970, A. Raynouard, CJCE, 10.4.2008, C-412/06, Annelore Hamilton mod Volksbank Filder eG, *Revue de jurisprudence commerciale*, nr. 4/2008, s. 305. Jeg tillader mig at tilføje, at Domstolen i Hamilton-dommen fremhævede, at henvisningen i femte betragtning til direktiv 85/577 til begrebet »de forpligtelser, aftalen medfører« betyder, at forbrugeren kan fortryde indgåelsen af en sådan kontrakt *i kontraktperioden* (Hamilton-dommen, nævnt i fodnote 23, præmis 41, min fremhævelse) — naturligvis under forudsætning af, at han ikke er blevet orienteret om sin fortrydelsesret. Dette vidner under alle omstændigheder ikke om, at beskyttelsen af forbrugeren er undergivet begrænsninger, så længe de forpligtelser, aftalen medfører, endnu ikke er blevet opfyldt.

6. Er den nationale rets beføjelse til at behandle sager af egen drift en ret eller en pligt?

87. Selv om formålet med det spørgsmål, som den forelæggende ret stiller, ikke er at fastslå, om retten i medfør af artikel 4 i direktiv 85/577 har *pligt* til at gribe ind af egen drift, såfremt forbrugeren ikke er blevet oplyst om sin fortrydelsesret, eller om retten i medfør af denne bestemmelse har *ret* til at gribe ind af egen drift, er det nødvendigt at præcisere, om den nationale retsinstans i den foreliggende sag har en ret eller en pligt til at gribe ind af egen drift. Dette spørgsmål er af særlig betydning, da Kommissionen i den foreliggende sag tilslutter sig det synspunkt, at de nationale retsinstanser i sager som den foreliggende har pligt til at gribe ind af egen drift [112], mens den østrigske regering gør gældende, at der ikke foreligger en sådan pligt [113].

88. Jeg vil først og fremmest understrege, at den forelæggende rets præjudicielle spørgsmål skal forstås i sammenhæng med den spanske lovgivning. I henhold til spansk lovgivning er den forelæggende ret faktisk ikke berettiget til i sager som den foreliggende at gribe ind af egen drift, hvilket er årsagen til, at den forelæggende ret spørger, om den i medfør af fællesskabsretten er berettiget til af egen drift at tage stilling til denne type sager [114]. Af formuleringen af det præjudicielle spørgsmål fremgår det i virkeligheden tydeligt, at den forelæggende ret forsøger at finde et retsgrundlag i fællesskabslovgivningen for at gribe ind af egen drift.

89. Af sammenligningshensyn fremhæves det endvidere, at Domstolen i Océano Grupo-dommen [115] under henvisning til direktiv 93/13 fastslog, at den nationale domstol ex officio *kan* tage stilling til, om et vilkår i en kontrakt er urimeligt. I Cofidis-dommen henviste Domstolen ligeledes til den nationale domstols *mulighed* [116] for af egen drift at foretage en sådan bedømmelse. Efter-

112 — Jf. punkt 31 i nærværende forslag til afgørelse.

113 — Den østrigske regering gør mere præcist gældende, at der i medfør af artikel 4 i direktiv 85/577 ikke påhviler medlemsstaternes nationale retsinstanser en forpligtelse til at gribe ind af egen drift. Jf. punkt 27 i nærværende forslag til afgørelse.

114 — Den forelæggende rets præjudicielle spørgsmål og Domstolens besvarelse af dem i Océano Grupo-sagen, nævnt i fodnote 13, kan ligeledes forstås i dette perspektiv. Jf. i denne retning M. Van Huffel, La condition procédurale des règles de protection des consommateurs: les enseignements des arrêts Océano, Heininger et Cofidis de la Cour de justice, *Revue européenne de droit de la consommation*, nr. 2/2003, s. 94.

115 — Dette fremgår af de fleste sprogudgaver af punkt 1 i konklusionen i Océano Grupo-dommen, nævnt i fodnote 13. Jf. f.eks. den franske udgave (»le juge national *puisse* apprécier d'office«), den engelske udgave (»the national court *being able* to determine of its own motion«), den tyske udgave (»das nationale Gericht von Amts wegen prüfen *kann*«), den italienske udgave (»il giudice nazionale […] *possa* valutare d'ufficio«), den spanske udgave (»el Juez nacional *pueda* apreciar de oficio«), den portugisiske udgave (»o juiz nacional *possa* apreciar oficiosamente«) og den nederlandske udgave (»dat de nationale rechter […] ambtshalve *kan* toetsen«).

116 — Jf. Cofidis-dommen, nævnt i fodnote 14, præmis 32, 33 og 35. I nogle af sprogudgaverne af disse domspræmisser anvendes to forskellige begreber, bl.a. i den franske (»faculté« og »pouvoir«), den italienske (»facoltà« og »potere«) og den portugisiske udgave (»faculdade« og »poder«). I andre anvendes der derimod kun ét begreb, f.eks. den engelske (»power«), den tyske (»Befugnis«), den spanske (»facultad«) og den nederlandske udgave (»bevoegdheid«).

følgende gik Domstolen et skridt videre i Mostaza Claro-dommen, hvori den fastslog, at den nationale domstol af egen drift *skal* tage stilling til, om et kontraktvilkår er urimeligt [117].

90. I den foreliggende sag er den nationale domstol efter min opfattelse ligeledes forpligtet til at tage stilling af egen drift, da det kun på denne måde er muligt at sikre den med direktiv 85/577 tilsigtede effektive beskyttelse af forbrugerne [118]. Hvis denne bedømmelse blev overladt til de nationale domstoles skøn, ville det ikke fremgå tydeligt, på hvilket grundlag domstolene greb ind af egen drift i nogle sager og undlod at gøre det i andre. De nationale domstoles forpligtelse til af egen drift at gribe ind er ligeledes væsentlig af den årsag, at et sådant systematisk indgreb vil have en præventiv virkning, idet den erhvervsdrivende vil afholde sig fra at undlade at orientere forbrugeren om dennes ret til at træde tilbage fra aftalen [119].

91. Jeg mener derfor, at de nationale domstole har pligt, og ikke kun ret, til af egen drift at efterprøve, om forbrugeren er blevet oplyst om sin ret til at træde tilbage fra aftalen og, såfremt dette ikke er tilfældet, til at orientere ham om de rettigheder, som han under disse omstændigheder har i henhold til national lovgivning.

C — Konklusion

92. På baggrund af de anførte betragtninger mener jeg, at det præjudicielle spørgsmål skal besvares ved at fastslå, at artikel 153 EF, sammenholdt med artikel 3, stk. 1, litra t), EF og artikel 4, stk. 3, i direktiv 85/577, skal fortolkes således, at den under omstændigheder som den i hovedsagen foreliggende ikke berettiger den nationale domstol til af egen drift at erklære en aftale for ugyldig, når forbrugeren ikke på noget tidspunkt under behandlingen af sagen ved den pågældende domstol har påberåbt sig, at aftalen er ugyldig. Den nationale domstol skal imidlertid af egen drift efterprøve, om forbrugeren er blevet oplyst om sin ret til at træde tilbage fra aftalen og, såfremt dette ikke er tilfældet, orientere ham om de rettigheder, som han under disse omstændigheder har i henhold til den nationale lovgivning.

117 — Jeg tillader mig i denne forbindelse at gøre opmærksom på, at imperativ kun anvendes udtrykkeligt i nogle sprogudgaver af konklusionen i Mostaza Claro-dommen, nævnt i fodnote 15 — f.eks. den engelske (»*must* determine whether the arbitration agreement is void«) eller den slovenske udgave (»*mora* […] presojati ničnost arbitražnega dogovora«) — mens der i andre sprogudgaver af den ovennævnte doms konklusion anvendes indikativ — hvilket er tilfældet for så vidt angår den franske (»apprécie la nullité de la convention d'arbitrage«) og den tyske udgave (»die Nichtigkeit der Schiedsvereinbarung prüft«). Ikke desto mindre fremgår forpligtelsen til af egen drift at efterprøve, om et kontraktvilkår er urimeligt, tydeligt af dommens præmis 38 i adskillige sprogudgaver: fransk (»*soit tenu* d'apprécier d'office«), engelsk (»*being required* to assess of its own motion«), tysk (»von Amts wegen […] prüfen *muss*«), italiensk (»*sia tenuto* a valutare d'ufficio«), spansk (»*deba* apreciar de oficio«), portugisisk (»*deva apreciar oficiosamente«), slovensk (»dolžnost* […], da po uradni dolžnosti presoja«) og nederlandsk (»ambtshalve *dient* te beoordelen«).

118 — Som fremhævet af Van Huffel, nævnt i fodnote 114, s. 97, i forbindelse med en sammenligning med direktiv 93/13.

119 — Ibidem, punkt 77.

VII — Forslag til afgørelse

93. Henset til ovenstående bemærkninger foreslår jeg Domstolen at besvare Audiencia Provincial de Salamancas præjudicielle spørgsmål på følgende måde:

»Artikel 153 EF, sammenholdt med artikel 3, stk. 1, litra t), EF og artikel 4, stk. 3, i Rådets direktiv 85/577/EØF af 20. december 1985 om forbrugerbeskyttelse i forbindelse med aftaler indgået uden for fast forretningssted, skal fortolkes således, at den under omstændigheder som den i hovedsagen foreliggende ikke berettiger den nationale domstol til af egen drift at erklære en aftale for ugyldig, når forbrugeren ikke på noget tidspunkt under behandlingen af sagen ved den pågældende domstol har påberåbt sig, at aftalen er ugyldig. Den nationale domstol skal imidlertid af egen drift efterprøve, om forbrugeren er blevet oplyst om sin ret til at træde tilbage fra aftalen og, såfremt dette ikke er tilfældet, orientere ham om de rettigheder, som han under disse omstændigheder har i henhold til den nationale lovgivning.«