MARTÍN MARTÍN

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT VERICA TRSTENJAK

föredraget den 7 maj 2009 [1]

Innehållsförteckning

I — Inledning . . . . . I - 11942

II — Tillämpliga bestämmelser . . . . . I - 11943

A — Gemenskapsrätten . . . . . I - 11943

1. EG-fördraget . . . . . I - 11943

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

B — Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna . . . . . I - 11946

C — Den nationella rätten . . . . . I - 11947

III — Bakgrund, förfarandet i målet vid den nationella domstolen och tolkningsfrågan . . . I - 11948

IV — Förfarandet vid domstolen . . . . . I - 11949

V — Parternas argument . . . . . I - 11950

VI — Generaladvokatens bedömning . . . . . I - 11954

A — Inledning . . . . . I - 11954

B — Bedömning av tolkningsfrågan . . . . . I - 11955

1. Inledande överväganden om tolkningsfrågan . . . . . I - 11955

a) Gemenskapsrättsliga bestämmelser som den hänskjutande domstolen har bett domstolen att tolka . . . . . I - 11955

b) Frågor som uppstår med anledning av tolkningsfrågan . . . . . I - 11957

2. Kan ogiltigförklaring av ett avtal betecknas som en lämplig åtgärd i den mening som avses i artikel 4 tredje stycket i direktiv 85/577? . . . . . I - 11958

1 — Originalspråk: slovenska.

3. Allmän regel: Det föreligger inte någon allmän skyldighet enligt gemenskapsrätten att ex officio pröva enskildas rättigheter . . . . . I - 11962

4. Undantag från den allmänna regeln: Rättspraxis avseende direktiven 93/13 och 87/102 . . . . . I - 11963

a) Rättspraxis avseende direktiv 93/13 . . . . . I - 11963

b) Rättspraxis avseende direktiv 87/102 . . . . . I - 11965

5. Överföring av rättspraxis avseende direktiv 93/13 och direktiv 87/102 på förevarande fall . . . . . I - 11965

6. Huruvida den nationella domstolens behörighet att ingripa ex officio är en möjlighet eller en skyldighet . . . . . I - 11973

C — Slutsats . . . . . I - 11974

VII — Förslag till avgörande . . . . . I - 11975

I — Inledning

1. I förevarande fall har frågan ställts om huruvida den nationella domstolen kan handla ex officio och ogiltigförklara ett avtal som slutits utanför fasta affärslokaler på grund av att konsumenten inte har informerats om sin rätt att häva avtalet, även om den tillämpliga nationella lagstiftningen inte tillåter att nämnda domstol i ett sådant fall ingriper ex officio, utan det ankommer på den konsument som inte har erhållit denna information att begära att avtalet ska ogiltigförklaras. Målet avser tolkningen av bestämmelserna i EG-fördraget om konsumentskydd, samt tolkningen av artikel 4 tredje stycket i rådets direktiv 85/577/EEG av den 20 december 1985 för att skydda konsumenten i de fall då avtal ingås utanför fasta affärslokaler [2] (nedan kallat direktiv 85/577). Enligt denna artikel ska medlemsstaterna vidta lämpliga åtgärder för att skydda konsumenterna när dessa inte informerats om sin rätt att häva avtalet.

2. Det avgörande för skyddet av konsumenten är i fråga om ett avtal som ingåtts utanför fasta affärslokaler inte enbart hans rätt att häva detta avtal, utan även den omständigheten att han vederbörligen informeras om denna rätt och att det säkerställs att lämpliga och effektiva åtgärder vidtas för det fall att denna information saknas. När konsumenten

2 — EGT L 372, s. 31; svensk specialutgåva, område 15, volym 7, s. 83.

ingår ett avtal av denna typ är han ofta inte i stånd att objektivt bedöma alla de följder som avtalet får för honom. Eftersom konsumenten är den svagare parten i avtalet ska det i detta förfarande bedömas huruvida det för ett verksamt skydd av hans rättigheter är nödvändigt att de nationella domstolarna i tvister som avser avtal av denna typ ex officio ser till att säkerställa detta skydd.

t) bidrag till att stärka konsumentskyddet,

…”

II — Tillämpliga bestämmelser

4. I artikel 95 EG föreskrivs följande:

A — *Gemenskapsrätten*

”…

1. EG-fördraget

3. I artikel 3.1 EG föreskrivs följande:

3. Kommissionen skall i sina förslag enligt punkt 1 om … konsumentskydd utgå från en hög skyddsnivå och särskilt beakta ny utveckling som grundas på vetenskapliga fakta. Europaparlamentet och rådet skall också, inom ramen för sina respektive befogenheter, sträva efter att nå detta mål.

”1. För att uppnå de mål som anges i artikel 2 skall gemenskapens verksamhet på de villkor och i den takt som anges i detta fördrag innefatta

…

…”

5. Artikel 153 EG har följande lydelse:

”1. För att främja konsumenternas intressen och säkerställa en hög konsumentskyddsnivå skall gemenskapen bidra till att skydda konsumenternas hälsa, säkerhet och ekonomiska intressen samt till att främja deras rätt till information och utbildning och deras rätt att organisera sig för att tillvarata sina intressen.

2. Konsumentskyddskraven skall beaktas när gemenskapens övriga politik och verksamhet utformas och genomförs.

3. Gemenskapen skall bidra till att uppnå de mål som avses i punkt 1 genom

a) åtgärder som beslutas enligt artikel 95 inom ramen för förverkligandet av den inre marknaden,

b) åtgärder som understöder, kompletterar och övervakar medlemsstaternas politik.

4. Rådet skall enligt förfarandet i artikel 251 och efter att ha hört Ekonomiska och sociala kommittén besluta om de åtgärder som avses i punkt 3 b.

5. Åtgärder som beslutas enligt punkt 4 skall inte hindra någon medlemsstat från att upprätthålla eller införa strängare skyddsåtgärder. Sådana åtgärder måste vara förenliga med detta fördrag. Kommissionen skall underrättas om åtgärderna.”

2. Direktiv 85/577

6. I fjärde, femte och sjätte skälen i direktiv 85/577 anges följande:

”Det som särskilt kännetecknar de avtal som ingås utanför näringsidkarens fasta affärslokaler är att det i regel är näringsidkaren som inleder avtalsförhandlingarna, något som konsumenten inte är förberedd på eller som han inte väntat sig. Konsumenten kan ofta

inte jämföra kvaliteten och priset på erbjudandet med andra erbjudanden. Detta överraskningsmoment föreligger i allmänhet inte bara vid avtal som ingås vid hemförsäljning utan också vid andra former av avtal som ingås med en näringsidkare utanför dennes fasta affärslokaler.

Konsumenten bör ges rätt att säga upp avtalet[3] inom en period av minst sju dagar för att kunna bedöma de skyldigheter som uppstår enligt avtalet.

Lämpliga åtgärder bör vidtas för att säkerställa att konsumenten har fått skriftlig information om denna period för eftertanke."

3 — Det ska vad avser begreppen "hävning" och "avsägelse" påpekas att båda används i direktiv 85/577. I artikel 4 första stycket anges att konsumenten har "rätt att häva avtalet" ("droit de résiliation/résilier", "Widerrufsrecht", "right of cancellation", "derecho de rescisión/a rescindir"). I artikel 5.1 anges däremot att konsumenten ska ha "rätt att avsäga sig rättsverkningarna av sitt åtagande" ("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"). Det ska såvitt avser den tyska versionen av direktiv 85/577 påpekas att det i fjärde skälet används samma uttryck som i artikel 5.1 ("das Recht … zurückzutreten"). Den jämförande undersökningen av begreppen "hävning" och "avsägelse" går utöver omfattningen av analysen i detta förslag till avgörande, eftersom de rättsliga följderna av dessa två begrepp fastställs i de enskilda medlemsstaternas rättsordningar. Det ska endast påpekas att i detta förslag till avgörande är det endast begreppet "hävning av avtalet" och inte de två begreppen som används.

7. I artikel 1.1 i direktiv 85/577 föreskrivs följande:

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

…

— under ett besök som näringsidkaren avlägger

i) i konsumentens eller i någon annan konsuments hem

…"

8. I artikel 4 i direktiv 85/577 föreskrivs följande:

”När det gäller transaktioner som omfattas av artikel 1 skall näringsidkare skriftligen informera konsumenterna om deras rätt att häva avtalet inom den period som föreskrivs i artikel 5 samt om namn och adress till den gentemot vilken denna rätt kan utövas.

Sådan information skall vara daterad och innehålla sådana detaljerade upplysningar som gör det möjligt att identifiera kontraktet. Den skall överlämnas till konsumenten

a) för fall som anges i artikel 1.1: när avtalet ingås,

b) för fall som anges i artikel 1.2: senast när avtalet ingås,

c) för fall som anges i artikel 1.3 och 1.4: när konsumenten lämnar sitt anbud.

Medlemsstaterna skall se till att deras nationella lagstiftning innehåller lämpliga bestämmelser som skyddar konsumenten i de fall sådan information som anges i denna artikel saknas.”

9. Artikel 5 i direktiv 85/577 har följande lydelse:

”1. Konsumenten skall ha rätt att avsäga sig rättsverkningarna av sitt åtagande genom att skicka ett meddelande inom minst[4] sju dagar från det han mottagit informationen enligt artikel 4. Ett sådant förfarande skall föreskrivas i den nationella lagstiftningen. Det räcker om meddelandet avsänds före utgången av en sådan period.

2. Att lämna ett sådant meddelande skall ha den verkan att konsumenten befrias från alla förpliktelser enligt det uppsagda avtalet.”

B — *Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna*

10. I artikel 38 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna[5] (nedan

4 — Fotnoten avser endast den slovenska versionen av detta förslag till avgörande: …

5 — Stadgan tillkännagavs högtidligt den 7 december 2000 i Nice (EUT C 364, s. 1). Denna högtidliga proklamation upprepades den 12 december 2007 i Strasbourg (EGT C 303, s. 1).

kallad stadgan), rubricerad Konsumentskydd, föreskrivs följande:

”En hög nivå i fråga om konsumentskydd skall tryggas i unionens politik.”

C — *Den nationella rätten*

11. Direktiv 85/577 införlivades med den spanska rätten genom lag nr 26 av den 21 november 1991 om avtal som ingås utanför fasta affärslokaler [6] (nedan kallad lag 26/1991).

12. I artikel 3 i lag 26/1991 föreskrivs följande:

”1. Avtalet eller anbudet som nämns i artikel 1 ska uppfylla följande formkrav: det ska vara i skriftlig form, förekomma i två exemplar, åtföljas av en hävningsblankett[[7]] och vara daterat och egenhändigt underskrivet av konsumenten.

2. Avtalshandlingen ska innehålla en klar och tydlig hänvisning, i tydlig skrift och precis ovanför det utrymme där konsumenten ska skriva under, till dennes rätt att häva den ingångna överenskommelsen samt villkoren för och följderna av denna rätt.

3. På hävningsblanketten ska i klar och tydlig form ordet ’hävningsblankett’ förekomma. Namn och adress till den person som blanketten ska skickas till ska framgå liksom uppgifter om avtalet och om vilka avtalsparter som avtalet avser.

4. När avtalet har skrivits under ska näringsidkaren eller den som agerar i näringsidkarens ställe överlämna en kopia av avtalet och hävningsblanketten till konsumenten.

5. Det ankommer på näringsidkaren att visa att de skyldigheter som föreskrivs i denna artikel har uppfyllts.”

6 — Ley 26/1991, de 21 de noviembre, sobre contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles, *Boletín Oficial del Estado* (BOE, 26.11.1991, s. 283).

7 — I lag 26/1991 används begreppet ”revocación”.

13. I artikel 4 i lag 26/1991 regleras följderna av att de villkor som föreskrivs i artikel 3 i denna lag inte uppfylls, enligt följande:

”Ett avtal som har ingåtts eller ett anbud som har lämnats med åsidosättande av de villkor som föreskrivs i föregående artikel kan ogiltigförklaras på begäran av konsumenten.

Näringsidkaren kan under inga omständigheter åberopa en ogiltighetsgrund, utom om underlåtenheten helt kan tillskrivas konsumenten.”

14. I artikel 9 i lag 26/1991 föreskrivs följande:

”Konsumenten får inte avstå från sina rättigheter enligt denna lag. De avtalsvillkor som är fördelaktigare för konsumenten ska emellertid anses vara giltiga.”

III — Bakgrund, förfarandet i målet vid den nationella domstolen och tolkningsfrågan

15. Eva Martín Martín undertecknade den 20 maj 2003 i sitt hem ett avtal med företrädaren för bolaget EDP Editores S.L. (nedan kallat EDP). Avtalet avsåg förvärv av 15 volymer av ett bokverk, fem DVD:er och en DVD-spelare [8]. Produkterna levererades den 2 juni 2003. Försäljningspriset uppgick till 1 909 euro. Av detta belopp erlade Eva Martín Martín 47,48 euro, utan att betala resterande 1 861,52 euro.

16. Eftersom EDP inte erhöll betalningen för de levererade varorna ansökte bolaget vid Juzgado de Primera Instancia numero Uno de Salamanca om betalningsföreläggande gentemot Eva Martín Martín, för att hon skulle åläggas att betala det resterande beloppet på 1 861,52 euro jämte lagstadgad dröjsmålsränta. Eva Martín Martín överklagade domen av den 14 juni 2007, enligt vilken hon dömdes att betala det begärda beloppet, till Audiencia Provincial de Salamanca (nedan kallad den hänskjutande domstolen eller den nationella domstolen).

17. Den nationella domstolen har i beslutet om hänskjutande anfört att det omtvistade

8 — Det ska preciseras att Juan Caballo Bueno, som är bosatt tillsammans med Eva Martín Martín, i avtalet anges som förvärvare. Det är emellertid Eva Martín Martín som har undertecknat avtalet. Under hela förfarandet vid de spanska domstolarna har således Eva Martín Martín betraktats som enda avtalspart.

avtalet kan vara ogiltigt, eftersom konsumenten inte informerades om sin rätt att inom sju dagar från det att hon mottog varorna häva avtalet och om villkoren och följderna av att denna rätt utövas. Den nationella domstolen har även påpekat att konsumenten vare sig vid domstolen i första instans eller vid överklagandet har yrkat att avtalet ska ogiltigförklaras.

18. Den hänskjutande domstolen har i detta avseende angett att enligt spansk rätt, och närmare bestämt artikel 4 i lag 26/1991, är det konsumenten som, om skyldigheten att informera honom om hans rätt att häva avtalet inte har uppfyllts när avtalet ingås, ska väcka talan om ogiltigförklaring av avtalet. Enligt de spanska bestämmelserna gäller i civilrättsliga förfaranden dessutom dispositionsprincipen (”principio de rogación”), med stöd av vilken domstolen inte ex officio kan beakta faktiska omständigheter, bevisning och yrkanden som parterna inte har åberopat. Den nationella domstolen frågar sig i förevarande fall därför huruvida den är skyldig att fatta beslut enbart på parternas yrkanden i överklagandet eller om direktiv 85/577 tillåter att den ex officio ogiltigförklarar avtalet.

19. Under dessa omständigheter har den hänskjutande domstolen beslutat att vilandeförklara målet och ställa följande tolkningsfråga till domstolen:

”Ska artikel 153 EG, jämförd med artiklarna 3 EG och 95 EG, med artikel 38 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna samt med rådets direktiv 85/577/EG av den 20 december 1985 för att skydda konsumenten i de fall då avtal ingås utanför fasta affärslokaler, särskilt artikel 4 i direktivet, tolkas så att en domstol som prövar ett överklagande av ett avgörande från en underrätt ex officio får ogiltigförklara ett avtal som omfattas av nämnda direktivs tillämpningsområde, trots att konsumenten mot vilken anspråk har riktats inte vid något tillfälle, varken vid bestridande under handläggningen av ärendet om betalningsföreläggande, vid den muntliga förhandlingen i anslutning därtill eller vid överklagandet har framställt något yrkande om sådan ogiltigförklaring?”

IV — Förfarandet vid domstolen

20. Beslutet om hänskjutande inkom till domstolen den 26 maj 2008. EDP, den spanska och den österrikiska regeringen samt kommissionen har inkommit med

yttranden under det skriftliga förfarandet. Vid den muntliga förhandlingen den 12 mars 2009 yttrade sig EDP, den spanska regeringen, den tjeckiska regeringen – som inte har inkommit med något skriftligt yttrande – och kommissionen samt besvarade domstolens frågor.

V — Parternas argument

21. EDP har påpekat att artikel 4 i direktiv 85/577 inte kan tolkas så att den tillåter den nationella domstolen att ex officio ogiltigförklara ett avtal som ingåtts med en konsument utanför fasta affärslokaler om denna konsument inte har åberopat att avtalet är ogiltigt.

22. EDP har till stöd för sin uppfattning anfört att medlemsstaterna enligt artikel 4 i direktiv 85/577 ska se till att deras nationella lagstiftning innehåller lämpliga bestämmelser för att skydda konsumenterna. EDP har vidare påpekat att ingen bestämmelse i direktivet föreskriver att den nationella domstolen ex officio kan ogiltigförklara avtalet om konsumenten inte har gjort gällande att det är ogiltigt. Den tillämpliga spanska lagstiftningen [9], enligt vilken det är konsumenten som ska väcka talan om ogiltigförklaring av avtalet, strider enligt EDP:s mening följaktligen inte mot artikel 4 i direktiv 85/577, utan skyddar strängt konsumenternas rättigheter. Enligt EDP ska det i detta sammanhang dessutom kontrolleras huruvida en nationell bestämmelse gör att det är praktiskt taget omöjligt eller alltför svårt att utöva rättigheterna enligt gemenskapsrätten [10].

23. EDP har dessutom angett att det i spansk rätt görs åtskillnad mellan relativ ogiltighet och absolut ogiltighet. EDP har påpekat att det vid avtal som ingås utanför fasta affärslokaler eventuellt är fråga om en relativ ogiltighet som endast kan fastställas på begäran av parten. När det är fråga om en absolut ogiltighet bortfaller enligt den spanska lagstiftningen aldrig möjligheten att väcka talan om relativ ogiltigförklaring och talan kan även väckas av tredje man. Avtalet kan dessutom ogiltigförklaras ex officio av domstolen.

24. Den spanska regeringen har anfört att artikel 4 i direktiv 85/577 inte med nödvändighet ska tolkas så att den tillåter att den nationella domstolen ex officio fastställer att det avtal som ingåtts utanför fasta affärslokaler är ogiltigt om konsumenten inte under något skede av förfarandet har åberopat att avtalet är ogiltigt.

25. Den spanska regeringen har påpekat att den skyddsnivå som lag 26/1991 ger konsu-

9 — EDP anser att kungligt dekret av den 16 november 2007 (Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre), genom vilket lag 26/1991 har upphävts, ska tillämpas i förevarande fall. Såsom den spanska regeringen har klargjort (se fotnot 11 i detta förslag till avgörande) är det dock lag 26/1991, som var i kraft vid tidpunkten för de faktiska omständigheterna, som är den lagstiftning som är relevant i det aktuella målet.

10 — EDP har i detta sammanhang åberopat domstolens dom av den 14 december 1995 i mål C-312/93, Peterbroeck (REG 1995, s. I-4599), punkt 14.

menterna helt och hållet uppfyller kraven i EG-fördraget och direktiv 85/577. Enligt dess mening har bestämmelserna i nämnda direktiv genom denna lag följaktligen helt och hållet och på ett korrekt sätt införlivats med den spanska rättsordningen. [11] Artikel 4 i lag 26/1991 ger konsumenten ett lämpligt skydd genom bestämmelsen att konsumenten får väcka talan om ogiltigförklaring av avtalet om han inte har informerats om sin rätt att häva avtalet. Den spanska regeringen har anfört att den skyldighet som åläggs medlemsstaterna i artikel 4 i direktivet – det vill säga att de ska se till att deras nationella lagstiftning innehåller lämpliga bestämmelser som skyddar konsumenten – kan uppfyllas på olika sätt. Ett sätt är att ge konsumenten möjlighet att begära att avtalet ska ogiltigförklaras. Valet av sätt på vilket detta konsumentskydd ska säkerställas är enligt den spanska regeringen förbehållet den nationella rättsordningen i varje medlemsstat.

26. Den spanska regeringen har påpekat att det av domstolens rättspraxis avseende rådets direktiv 93/13/EEG av den 5 april 1993 om oskäliga villkor i konsumentavtal [12] (nedan kallat direktiv 93/13) framgår att domstolen ska ha möjlighet att ex officio fastställa att oskäliga villkor i konsumentavtal är ogiltiga när det handlar om en fråga som avser tvingande rätt. Den spanska regeringen har härvidlag hänvisat till domarna i målen Océano Grupo [13], Cofidis [14] och Mostaza Claro [15]. Även om förevarande mål inte gäller direktiv 93/13 utan direktiv 85/577 är det enligt den spanska regeringen nödvändigt att beakta denna rättspraxis även vid bedömning av tvister som avser det sistnämnda direktivet. Enligt den spanska regeringen måste det dock fastställas huruvida det förevarande fallet avser en fråga om tvingande rätt.

27. Den österrikiska regeringen har påpekat att artikel 4 i direktiv 85/577 ska tolkas så att den inte kräver att medlemsstaternas domstolar ska vara skyldiga att ex officio fastställa att ett avtal som ingåtts utanför fasta affärslokaler är ogiltigt om konsumenten inte under förfarandet vid den nationella domstolen har åberopat att avtalet är ogiltigt.

28. Den österrikiska regeringen har gjort gällande att det av artikel 4 i direktiv 85/577 inte kan dras slutsatsen att avtalet är ogiltigt enbart på grund av att näringsidkaren inte har informerat konsumenten om hans rätt att häva avtalet. I artikel 6.1 i direktiv 93/13

11 — Den spanska regeringen har även påpekat att även om lag 26/1991 ersatts av kungligt dekret nr 1/2007 av den 16 november 2007 (Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre), var denna lag vid tidpunkten för de faktiska omständigheterna fortfarande i kraft i den spanska rättsordningen.

12 — EGT L 95, s. 29; svensk specialutgåva, område 15, volym 12, s. 169.

13 — Dom av den 27 juni 2000 i de förenade målen C-240/98–C-244/98, Océano Grupo och Salvat Editores (REG 2000, s. I-4941).

14 — Dom av den 21 november 2002 i mål C-473/00, Cofidis (REG 2002, s. I-10875).

15 — Dom av den 26 oktober 2006 i mål C-168/05, Mostaza Claro (REG 2006, s. I-10421).

föreskrivs det till skillnad från direktiv 85/577 uttryckligen att ”[m]edlemsstaterna skall föreskriva att oskäliga villkor inte är bindande för konsumenten”. I artikel 4 i direktiv 85/577 föreskrivs det däremot endast att ”[m]edlemsstaterna skall se till att deras nationella lagstiftning innehåller lämpliga bestämmelser som skyddar konsumenten”. Den österrikiska regeringen har påpekat att det enligt fast rättspraxis i avsaknad av gemenskapsrättsliga föreskrifter på området ankommer på varje medlemsstats interna rättsordning att fastställa de processuella regler som gäller för talan som syftar till att säkerställa skyddet för enskildas rättigheter enligt gemenskapsrätten [16].

29. Den österrikiska regeringen har vidare anfört att medlemsstaterna även kan föreskriva andra lämpliga åtgärder för det fall att konsumenten inte har informerats om sin hävningsrätt och har som exempel åberopat att konsumenten eventuellt kan häva avtalet utan begränsning i tiden [17]. En annan möjlig åtgärd är en skyldighet för domstolarna att informera konsumenten om hans hävningsrätt. Möjligheten att ex officio ogiltigförklara avtalet är följaktligen endast en av de möjligheter som medlemsstaterna har för att skydda konsumenterna i den mening som avses i artikel 4 i direktiv 85/577.

30. Den österrikiska regeringen anser därför att artikel 4 i direktiv 85/577 inte innebär att medlemsstaterna är skyldiga att se till att de nationella domstolarna ex officio ogiltigförklarar ett avtal om konsumenten inte har informerats om sin hävningsrätt.

31. Kommissionen har däremot gjort gällande att direktiv 85/577 ska tolkas så att den nationella domstolen, om avtalet har ingåtts utan att skyldigheten att informera konsumenten om hans hävningsrätt har iakttagits, ex officio ska påpeka detta åsidosättande och ogiltigförklara avtalet, även när konsumenten inte har åberopat att avtalet är ogiltigt. Enligt kommissionen är konsumentens möjlighet att väcka talan om ogiltigförklaring av avtalet, om han inte har informerats om sin hävningsrätt, inte en lämplig åtgärd för att skydda konsumenterna i den mening som avses i artikel 4 i direktiv 85/577. Det finns enligt kommissionen risk för att konsumenten inte känner till sina rättigheter och således inte heller gör dem gällande.

32. Kommissionen har anfört att det enligt domstolens fasta rättspraxis, i avsaknad av gemenskapsrättsliga föreskrifter på området, i varje medlemsstats rättsordning enligt principen om medlemsstaternas självbestämmanderätt i processuella frågor ska anges vilka förfaranden för att väcka talan som är avsedda

16 — Den österrikiska regeringen har i denna fråga hänvisat till dom av den 16 december 1976 i mål 33/76, Rewe (REG 1976, s. 1989; svensk specialutgåva, volym 3, s. 261), punkt 5, och av den 13 mars 2007 i mål C-432/05, Unibet (REG 2007, s. I-2271), punkt 39.

17 — Den österrikiska regeringen har i detta sammanhang åberopat dom av den 13 december 2001 i mål C-481/99, Heininger (REG 2001, s. I-9945).

att tillvarata rättigheter som för enskilda följer av gemenskapsrätten. Dessa förfaranden får emellertid varken vara mindre förmånliga än dem som avser liknande situationer av intern art (likvärdighetsprincipen) eller göra det i praktiken omöjligt eller orimligt svårt att utöva rättigheter som följer av gemenskapsrätten (effektivitetsprincipen) [18]. Kommissionen har dessutom påpekat att de nationella domstolarna endast kan handla ex officio i undantagsfall, på grund av allmänintresset [19].

33. Kommissionen har dock påpekat att domstolen med avseende på direktiv 93/13 redan har slagit fast att den nationella domstolen ex officio kan bedöma huruvida det är fråga om oskäliga villkor i avtal som konsumenter ingått [20]. Domstolen har med avseende på rådets direktiv 87/102/EEG av den 22 december 1986 om tillnärmning av medlemsstaternas lagar och andra författningar om konsumentkrediter [21] (nedan kallat direktiv 87/102) dessutom slagit fast att den nationella domstolen har möjlighet att ex officio se till att konsumenten kan göra gällande vissa rättigheter gentemot kreditgivaren [22]. Kommissionen anser att denna rättspraxis analogt kan överföras även på tolkningen av direktiv 85/577.

34. Kommissionen har vid den muntliga förhandlingen tillagt att eventuella andra åtgärder – exempelvis administrativa påföljder, möjligheten att häva avtalet utan begränsning i tiden, eller skyldigheten för domstolen att informera konsumenten om hans hävningsrätt – inte är lämpliga för att skydda konsumenten. De administrativa åtgärderna kan visserligen ha en avskräckande effekt, men är inte avsedda att skydda den enskilde konsumenten. Möjligheten att häva avtalet utan begränsning i tiden utgör inte någon lämplig åtgärd, eftersom det föreligger en risk för att konsumenten inte känner till denna sin rätt. Skyldigheten för domstolen att informera konsumenten om hans hävningsrätt är slutligen beroende av att det föreligger nationella processuella regler som innehåller en föreskrift i detta avseende. Kommissionen har slutligen påpekat att konsumenten, med hänsyn till att han i vissa fall skulle vilja behålla avtalet, måste ha möjlighet att invända mot ogiltigförklaringen och i sådana fall få fastställt att avtalet fortfarande är bindande gentemot honom.

18 — Kommissionen har härvidlag åberopat dom av den 14 december 1995 i de förenade målen C-430/93 och C-431/93, van Schijndel och van Veen (REG 1995, s. I-4705), punkt 17, av den 9 december 2003 i mål C-129/00, kommissionen mot Italien (REG 2003, s. I-14637), punkt 25, av den 7 juni 2006 i de förenade målen C-222/05–C-225/05, van der Weerd m. fl. (REG 2006, s. I-4233), punkt 28, och domen i målet Mostaza Claro (ovan fotnot 15), punkt 24.

19 — Kommissionen har i denna fråga hänvisat till domarna i målen van Schijndel (ovan fotnot 18), punkt 21, och van der Weerd (ovan fotnot 18), punkt 35.

20 — Kommissionen har i detta avseende hänvisat till domarna i målen Océano Grupo (ovan fotnot 13), punkt 28, Cofidis (ovan fotnot 14), punkt 32, och Mostaza Claro (ovan fotnot 15), punkt 27.

21 — EGT L 42, s. 48; svensk specialutgåva, område 15, volym 7, s. 202. Det ska påpekas att detta direktiv har upphävts genom Europaparlamentets och rådets direktiv 2008/48/EG av den 23 april 2008 om konsumentkreditavtal och om upphävande av rådets direktiv 87/102/EEG (EUT L 133, s. 66).

22 — Kommissionen har i detta sammanhang hänvisat till dom av den 4 oktober 2007 i mål C-429/05, Rampion (REG 2007, s. I-8017).

35. Den tjeckiska regeringen, som inte har inkommit med något skriftligt yttrande, har vid den muntliga förhandlingen förklarat att den inte är ense med kommissionen och att direktiv 85/577 enligt dess mening inte kan tolkas så att den nationella domstolen ska ha möjlighet att ex officio fastställa att ett avtal som ingåtts utanför fasta affärslokaler är ogiltigt, om konsumenten inte har informerats om sin hävningsrätt.

36. Den tjeckiska regeringen har till stöd för sin uppfattning anfört tre argument. Den har som första argument anfört att genom att avtalet kan ogiltigförklaras ex officio läggs hinder i vägen för konsumentens rätt att själv besluta om han ska låta avtalet fortsätta gälla eller inte. Enligt artikel 5 i direktiv 85/577 är det endast konsumenten som har rätt att häva avtalet. Även om konsumenten inte har informerats om sin hävningsrätt faller inte denna rätt bort, eftersom fristen för att häva avtalet enligt den ovannämnda artikel 5 i direktivet börjar löpa först efter det att konsumenten har informerats om sin rätt. Den tjeckiska regeringen har som andra argument anfört att medlemsstaterna har en exklusiv behörighet på det civilprocessrättsliga området. En delad behörighet föreligger endast inom det rättsliga samarbetet på privaträttens område och endast om det är fråga om mål som har gränsöverskridande inslag. Enligt den tjeckiska regeringen råder det tvivel om möjligheten att använda artikel 94 EG (f.d. artikel 100 i EG-fördraget) – som har utgjort den rättsliga grunden för antagandet av direktiv 85/577 – för att vidta åtgärder som lägger hinder i vägen för medlemsstaternas exklusiva behörighet. Det ska vid bedömningen av denna fråga tas hänsyn till proportionalitetsprincipen. Den tjeckiska regeringen har som tredje argument anfört att rättspraxis avseende andra direktiv på området för konsumentskydd, med avseende på vilka domstolen redan har slagit fast att de nationella domstolarna kan vidta åtgärder ex officio, inte kan överföras på förevarande fall, eftersom det är fråga om att tolka direktiv 85/577, vilket kännetecknas av andra bestämmelser och annan systematik än bestämmelserna och systematiken i de direktiv med avseende på vilka domstolen har tillåtit den ovannämnda möjligheten för den nationella domstolen att agera ex officio.

VI — Generaladvokatens bedömning

A — *Inledning*

37. Förevarande fall avser problematiken med att avtal ingås utanför fasta affärslokaler,

samt frågan om följderna om konsumenten inte har informerats om sin rätt att häva ett avtal av denna typ. Domstolen har vid olika tillfällen i sin rättspraxis redan behandlat ämnet om följderna av denna bristande information [23]. Emellertid har domstolen hittills ännu inte avgjort frågan om huruvida även de nationella domstolarna i detta sammanhang ska spela en aktiv roll och agera ex officio om konsumenten inte har informerats. För att avgöra förevarande tvist bör domstolen därför ingående undersöka syftet med direktiv 85/577 och de enskilda bestämmelserna i detta.

38. Den hänskjutande domstolen har ställt sin fråga för att få klarhet i huruvida artikel 153 EG jämförd med artiklarna 3 EG, 95 EG och artikel 38 i stadgan, samt bestämmelserna i direktiv 85/577, särskilt artikel 4 i detta, ska tolkas så att den nationella domstolen ex officio får ogiltigförklara ett avtal som ingåtts utanför fasta affärslokaler om konsumenten inte har informerats om sin rätt att häva detta avtal, trots att konsumenten inte i samband med förfarandet vid de nationella domstolarna har åberopat att avtalet är ogiltigt.

23 — Se domen i målet Heininger (ovan fotnot 17), dom av den 25 oktober 2005 i mål C-350/03, Schulte (REG 2005, s. I-9215), av den 25 oktober 2005 i mål C-229/04, Crailsheimer Volksbank (REG 2005, s. I-9273), och av den 10 april 2008 i mål C-412/06, Hamilton (REG 2008, s. I-2383).

B — *Bedömning av tolkningsfrågan*

1. Inledande överväganden om tolkningsfrågan

a) Gemenskapsrättsliga bestämmelser som den hänskjutande domstolen har bett domstolen att tolka

39. Den hänskjutande domstolen har i sin fråga bett domstolen att tolka olika gemenskapsrättsliga bestämmelser, närmare bestämt artikel 153 EG jämförd med artiklarna 3 EG, 95 EG och artikel 38 i stadgan, samt bestämmelserna i direktiv 85/577. Bland dessa bestämmelser är tolkningen av bestämmelserna i direktiv 85/577, vilket i sin egenskap av normativ rättsakt i sekundärrätten ger konkret form åt gemenskapens ansträngningar att uppnå det konsumentskydd som föreskrivs i primärrätten, av avgörande betydelse för beslutet i förevarande mål.

40. Artikel 153 EG som ingår i fördraget under rubriken Konsumentskydd innehåller i punkt 1 en allmän bestämmelse enligt vilken gemenskapen, för att främja konsumenternas intressen och säkerställa en hög konsumentskyddsnivå, ska bidra till att skydda konsu-

menternas hälsa, säkerhet och ekonomiska intressen samt till att främja deras rätt till information och utbildning och deras rätt att organisera sig för att tillvarata sina intressen. I punkt 2 i denna artikel föreskrivs att konsumentskyddskraven ska beaktas när gemenskapens övriga politik och verksamhet utformas och genomförs. I punkterna 3 och 4 i samma artikel fastställs vilka åtgärder som gemenskapen ska vidta för att uppnå målet att skydda konsumenterna och den rättsliga grunden för att vidta dem. Punkt 5 i denna artikel ger medlemsstaterna möjlighet att införa strängare konsumentskyddsåtgärder.

41. Artikel 153 EG är således en allmän primärrättslig bestämmelse i fråga om konsumentskydd. Artikel 3.1 EG innehåller en ännu allmännare bestämmelse på detta område. I denna artikel fastställs gemenskapens olika verksamhetsområden, däribland särskilt, i den mening som avses under t) i denna bestämmelse, även att bidra till att stärka konsumentskyddet. Artiklarna i direktiv 85/577 ska således tolkas mot bakgrund av de allmänna bestämmelserna i EG-fördraget.

42. Den hänskjutande domstolen har i sin fråga dessutom bett domstolen att tolka artikel 95 EG och artikel 38 i stadgan.

43. På grundval av artikel 95 EG vidtas åtgärder som syftar till att upprätta den inre marknaden och få den att fungera. Av beslutet om hänskjutande framgår inte skälet till att den nationella domstolen ber domstolen att tolka denna artikel. Det är nämligen inte artikel 95 EG utan artikel 94 EG (f.d. artikel 100 i EG-fördraget) som utgjorde den rättsliga grunden för antagandet av direktiv 85/577. Det är enligt min mening således inte nödvändigt att tolka artikel 95 EG i förevarande mål.

44. I artikel 38 i stadgan föreskrivs att en hög nivå i fråga om konsumentskydd ska tryggas i unionens politik. Det ska såvitt avser bestämmelserna i stadgan påpekas att dessa inte ingår i gemenskapens rättsordning, varför domstolen inte är behörig att tolka dem [24]. Det är visserligen sant att generaladvokaterna ofta åberopar stadgan i argumentationen i sina förslag till avgöranden [25] och att även domstolen redan har nämnt stadgan i sin rättspraxis [26]. Bestämmelserna i stadgan kan därför användas som hjälp för tolkningen av direktiv 85/577. De kan däremot inte åberopas för svaret på tolkningsfrågan.

24 — Se, för ett liknande resonemang, beslut av den 6 oktober 2005 i mål C-328/04, Vajnai (REG 2005, s. I-8577), punkt 13, och av den 16 januari 2008 i mål C-361/07, Polier, punkt 11.

25 — Se exempelvis generaladvokaten Poiares Maduros förslag till avgörande av den 9 september 2008 i mål C-465/07, Elgafaji (REG 2008, s. I-921), punkterna 21 och 23, mitt förslag till avgörande av den 11 september 2008 i mål C-308/07 P, Gorostiaga (REG 2008, s. I-1059), punkterna 56, 91 och 92, generaladvokaten Mengozzis förslag till avgörande av den 21 januari 2009 i mål C-12/08, Mono Car Styling (REG 2009, s. I-6653), punkterna 49, 83, 95 och 97, samt generaladvokaten Kokotts förslag till avgörande av den 22 januari 2009 i mål C-75/08, Mellor (REG 2009, s. I-3799), punkterna 24, 25 och 33.

26 — Se dom av den 13 mars 2007 i mål C-432/05, Unibet (REG 2007, s. I-2271), punkt 37.

45. Tolkningen av bestämmelserna i direktiv 85/577 kommer att vara av avgörande betydelse för svaret på denna fråga. Visserligen har den hänskjutande domstolen i sin fråga uttryckligen nämnt endast artikel 4 i direktivet men enligt fast rättspraxis ska domstolen ge den nationella domstolen alla sådana upplysningar om hur gemenskapsrätten ska tolkas som kan vara användbara vid avgörandet av målet vid den nationella domstolen, även om den nationella domstolen inte hänvisar till dessa upplysningar i sina frågor [27]. Vid tolkningen av direktiv 85/577 är det särskilt nödvändigt att förutom artikel 4 även beakta artikel 5 som avser konsumentens rätt att häva avtalet.

b) Frågor som uppstår med anledning av tolkningsfrågan

46. Innan analysen av tolkningsfrågan inleds ska det påpekas att de rättsliga frågor som har ställts är komplicerade och att detta förhållande ska tas som ledande princip för analysen av dem.

47. Det framgår för det första av den nationella domstolens upplysningar i dess beslut om hänskjutande att nämnda domstol utgår från förutsättningen att den spanska lagstiftningen, enligt vilken det är konsumenten som ska väcka talan om ogiltigförklaring, inte är förenlig med gemenskapsrätten, särskilt med bestämmelserna i direktiv 85/577 och EG-fördraget avseende konsumentskydd. Det är på grund härav nödvändigt att vid bedömningen av tolkningsfrågan kontrollera huruvida den hänskjutande domstolens antagande är riktigt eller huruvida de tillämpliga spanska bestämmelserna däremot säkerställer lämpliga åtgärder om konsumenten inte har informerats om sin rätt att häva avtalet.

48. Det ska för det andra beaktas att tolkningsfrågan avser frågan om huruvida avtalet kan ogiltigförklaras ex officio, eftersom det i den spanska rätten föreskrivs en relativ ogiltighet för avtalet om konsumenten inte har informerats. Då den hänskjutande domstolen anser att denna relativa ogiltighet inte är en lämplig åtgärd för konsumentskyddet och vill säkerställa detta genom att tillämpa en absolut ogiltighet. Den hänskjutande domstolen har följaktligen inte frågat huruvida den ex officio kan tillämpa bestämmelserna i direktiv 85/577, utan huruvida den ex officio kan tillämpa de bestämmelser i den spanska rätten genom vilka direktivet har införlivats med den nationella rättsordningen. Ingen bestämmelse i direktiv 85/577 innehåller någon föreskrift om att ett avtal som ingås utanför fasta affärslokaler är ogiltigt om konsumenten inte har informerats om sin rätt att häva avtalet. I direktivet föreskrivs inte heller någon annan påföljd om konsumenten inte har informerats om denna hävningsrätt. I artikel 4 tredje stycket föreskrivs däremot endast att medlemsstaterna ska se till att deras nationella lagstiftning innehåller *lämpliga bestämmelser* som skyddar konsumenten i de fall information saknas. Medlemsstaterna

27 — Se exempelvis dom av den 12 december 1990 i mål C-241/99, SARPP (REG 1990, s. I-4695), punkt 8, av den 4 mars 1999 i mål C-87/97, Consorzio per la tutela del formaggio Gorgonzola (REG 1999, s. I-1301), punkt 16, av den 7 september 2004 i mål C-456/02, Trojani (REG 2004, s. I-7573), punkt 38, av den 12 maj 2005 i mål C-452/03, RAL (Channel Islands) m.fl. (REG 2005, s. I-3947), punkt 25, och av den 22 december 2008 i mål C-336/07, Kabel Deutschland (REG 2008, s. I-10889), punkt 47.

får således själva välja de påföljder som de ska föreskriva om konsumenten inte informerats om sin hävningsrätt. Enligt direktivet krävs det nämligen endast att de ifrågavarande bestämmelserna ska vara lämpliga för att skydda konsumenterna. [28] Domstolen ska när den besvarar tolkningsfrågan således se till att den inte ålägger andra medlemsstater att i sina nationella rättsordningar föreskriva att påföljden av att konsumenten inte informerats om sin hävningsrätt är att avtalet blir ogiltigt.

pröva huruvida den hänskjutande domstolen i förevarande fall har möjlighet eller skyldighet att vidta åtgärder ex officio.

2. Kan ogiltigförklaring av ett avtal betecknas som en lämplig åtgärd i den mening som avses i artikel 4 tredje stycket i direktiv 85/577?

49. Nedan ska för det första bedömas huruvida den ogiltigförklaring av avtalet som föreskrivs i den spanska rätten är en lämplig bestämmelse i den mening som avses i artikel 4 tredje stycket i direktiv 85/577. Därefter ska den allmänna regeln i gemenskapsrätten beskrivas avseende möjligheten att ex officio pröva vissa frågor. Vidare ska innehållet analyseras i den rättspraxis genom vilken domstolen har slagit fast ett undantag från denna regel. Dessutom ska det kontrolleras huruvida denna rättspraxis kan överföras på förevarande fall. Slutligen kommer jag att

50. Enligt den spanska lagstiftningen kan avtalet, om det har ingåtts utan att konsumenten har informerats om sin hävningsrätt, ogiltigförklaras på begäran av konsumenten. I den spanska rätten används följaktligen bestämmelsen om relativ ogiltighet.

28 — Ett liknande resonemang anges även i Europeiska kommissionens dokument ”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)”, som finns tillgängligt på följande webbplats: http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/door_sell/doorstepselling_discussionpaper.pdf, s. 9. Se i doktrinen även Ehricke, U., ”L’extension au contrat d’acquisition du bien immobilier des effet 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”, i *Revue Européenne de Droit Bancaire et Financier* (EUREDIA), nr 1/2004, s. 163, som påpekar att direktiv 85/577 ger medlemsstaterna ett stort utrymme för skönsmässig bedömning när det gäller att införliva direktivets bestämmelser med den nationella rätten.

51. Det ska här, vad från teoretisk och terminologisk synpunkt avser användningen av begreppet ”ogiltighet”, beaktas att Spanien ingår bland de medlemsstater som skiljer mellan ”absolut ogiltighet” och ”relativ ogil-

tighet" (förutom Spanien exempelvis Belgien [29] och Frankrike [30]), till skillnad från de medlemsstater som skiljer mellan "ogiltighet" och "möjlighet att ogiltigförklara" avtal (såsom exempelvis Österrike [31], Tyskland [32], Nederländerna [33] och Slovenien [34]). Enligt spansk rätt är det fråga om absolut ogiltighet när exempelvis ett av villkoren för att ingå avtalet inte är uppfyllt eller när avtalet strider mot tvingande regler eller mot moraliska principer. [35] Det är däremot fråga om relativ ogiltighet exempelvis i det fall i vilket det föreligger bristande samtycke vid den tidpunkt när avtalet ingås. [36] Domstolarna kan ex officio pröva den absoluta ogiltigheten och vem som helst berörd person kan åberopa denna. Den relativa ogiltigheten ska dock åberopas av den berörda parten [37]. Den åtskillnad som görs mellan det förhållandet att ett avtal är ogiltigt och att det kan ogiltigförklaras är visserligen terminologiskt sett en skillnad, men begreppsmässigt en analogi. [38] Var och en kan i detta avseende åberopa att avtalet är ogiltigt och domstolarna är skyldiga att ex officio pröva detta förhållande. När det föreligger grunder för att ogiltigförklara avtalet är det däremot endast den berörda parten som kan åberopa dem. [39] Det ska för övrigt påpekas att frågan om att avtal är ogiltiga och att de kan ogiltigförklaras även behandlas i expertgruppens dokument "Draft Common Frame of Reference" (DCFR) [40] (förslag till en gemensam referensram). I artikel II-7:301 i detta dokument föreskrivs att ett avtal är ogiltigt om (a) det innebär ett åsidosättande av en princip som fastställts som grundläggande i rättsordningarna i Europeiska unionens medlemsstater, och (b) att följden ogiltighet är nödvändig för att säker-

29 — Se exempelvis van Gerven, W., *Verbintenissenrecht*, andra upplagan, Acco, Leuven 2006, sidan 146 och följande sidor, som förklarar att den belgiska rätten skiljer mellan absolut ogiltigförklaring och relativ ogiltigförklaring.

30 — Se exempelvis Flour, J., Aubert, J.-L., och Savaux, É., *Les obligations. 1. Acte juridique*, tolfte upplagan, Sirey, Paris, 2006, s. 259, punkt 324.

31 — I den österrikiska rätten föreskrivs möjligheten att ogiltigförklara ett avtal om detta har ingåtts genom svikligt förledande eller hot. Se Rummel, P., *Kommentar zum allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch*, Manz, Wien, 2000, kommentar till artikel 870, s. 1321, punkt 1. Det föreskrivs däremot att avtalet ska ogiltigförklaras, i den mening som avses i 879 § i Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch, om avtalet innebär ett åsidosättande av ett lagstadgat förbud eller om det strider mot goda seder och bruk. Det ska påpekas att trots detta görs det i den österrikiska doktrinen i fråga om ogiltighet åtskillnad mellan absolut ogiltighet, som vem som helst kan åberopa och som domstolarna kan pröva ex officio, och relativ ogiltighet, som endast den person vars intresse har fastställts kan åberopa. Se härvidlag Krejci, H., i Rummel, P. (se ovan), kommentar till 879 §, s. 1447, punkterna 247–249.

32 — Se exempelvis Larenz, K., och Wolf, M., *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs*, nionde upplagan, Beck, München, 2004, s. 796, punkt 4 och följande punkter (vad avser ogiltighet), och s. 800, punkt 21 och följande punkter (vad avser möjligheten att ogiltigförklara).

33 — Se exempelvis Hijma, J., *Bijzondere overeenkomsten*, första delen, sjunde upplagan, Kluwer, Deventer, 2007, s. 224, punkt 218, Hartkamp, A. S., *Verbintenissenrecht*, andra delen, tolfte upplagan, Kluwer, Deventer, 2005, s. 484, punkt 459.

34 — Se exempelvis Polajnar Pavčnik, A., i Juhart, M., och Plavšak, N. (utgivare), *Obligacijski zakonik s komentarjem*, volym 1, GV založba, Ljubljana, 2003, kommentar till artikel 86, sidan 506 och följande sidor (vad avser ogiltighet), och kommentar till artikel 94, sidan 524 och följande sidor (vad avser möjligheten att ogiltigförklara).

35 — Se Moreno Gil, Ó., *Código civil y jurisprudencia concordada*, *Boletín oficial del estado*, Madrid, 2006, s. 1430, kommentar till artikel 1.300, punkterna 4.399 och 4.407. Se i fråga om fransk rätt exempelvis Flour, J., m.fl. (se ovan fotnot 30), s. 259, punkt 325. Se i fråga om belgisk rätt exempelvis Cornelis, L., *Algemene theorie van de verbintenis*, Intersentia, Antwerpen/Groningen, 2000, s. 676, punkt 539.

36 — Se Moreno Gil, Ó. (ovan fotnot 35), s. 1430, kommentar till artikel 1.300, punkt 4.399. Se för en jämförelse med fransk rätt, Flour, J., m.fl. (ovan fotnot 30), s. 260, punkt 325, och s. 262, punkt 328. Se i fråga om belgisk rätt van Gerven, W., *Verbintenissenrecht* (ovan fotnot 29), s. 147.

37 — Se Moreno Gil, Ó. (ovan fotnot 35), s. 1430, kommentar till artikel 1.300, punkterna 4.399 och 4.407. Se för en jämförelse med fransk rätt, Flour, J., m.fl. (ovan fotnot 30), s. 260, punkt 326. Se för en jämförelse med belgisk rätt exempelvis van Gerven, W., *Verbintenissenrecht* (ovan fotnot 29), s. 147.

38 — Se vad avser tysk rätt exempelvis Larenz, K., och Wolf, M. (ovan fotnot 32), s. 796, punkt 2, vari det som exempel på ogiltighetsgrunder anges åsidosättande av föreskrivna former, lagstadgat förbud eller goda seder och bruk. Som exempel på grunder enligt vilka avtalet möjligen kan ogiltigförklaras anges däremot fel och svikligt förledande. Se som en jämförelse med nederländsk rätt Hartkamp, A. S. (ovan fotnot 33), sidan 484 och följande sidor, punkterna 459 och 460. Se i fråga om slovensk rätt Polajnar Pavčnik, A. (ovan fotnot 34), vad avser ogiltigförklaring, kommentar till artikel 86 (sidan 506 och följande sidor), vad avser möjligheten till ogiltigförklaring, kommentar till artikel 524 och följande artiklar.

39 — Se i fråga om tysk rätt exempelvis Larenz, K. (ovan fotnot 32), s. 797, punkt 5. Se i fråga om nederländsk rätt Hartkamp, A., S. (ovan fotnot 33), s. 485, vad avser ogiltigförklaring ex officio, punkt 459, vad avser talan om ogiltigförklaring, punkt 460. Se i fråga om slovensk rätt Polajnar Pavčnik, A. (ovan fotnot 34). Se, vad avser ogiltigförklaring ex officio, kommentar till artikel 92 (sidan 50 och följande sidor). Se, i fråga om talan om ogiltigförklaring, kommentar till artikel 95 (sidan 527 och följande sidor).

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

ställa denna princips effektivitet. [41] I DCFR föreskrivs däremot att avtalet kan ogiltigförklaras exempelvis vid fel [42], svikligt förledande [43] eller hot [44] när avtalet ingås.

52. För att fastställa huruvida den spanska bestämmelsen, i vilken det föreskrivs att avtalet är ogiltigt om konsumenten inte har informerats om sin hävningsrätt, är en lämplig bestämmelse i den mening som avses i artikel 4 tredje stycket i direktiv 85/577, ska först och främst de särskilda kännetecknen för avtal som ingås utanför fasta affärslokaler och betydelsen av konsumentens rätt att häva sådana avtal undersökas.

53. Såsom framgår av fjärde skälet i direktiv 85/577 är det i regel näringsidkaren som inleder förhandlingarna av sådana avtal. Konsumenten befinner sig därvid i en situation som kännetecknas av ett överraskningsmoment, eftersom han inte är förberedd på att ett avtal ska ingås [45]. Konsumenten ska således beviljas ett särskilt skydd, eftersom han inte har möjlighet att jämföra kvaliteten och priset på erbjudandet med andra erbjudanden. [46]

54. Med hänsyn till de särskilda kännetecknen för de avtal som ingås utanför fasta affärslokaler ska konsumenten efter det att ett avtal har ingåtts förfoga över en ångerperiod, *spatium deliberandi* [47], under vilken han kan bedöma de skyldigheter som följer av avtalet, samt möjligheten enligt artikel 5.1 i direktiv 85/577 att avsäga sig rättsverkningarna av

41 — Artikel II-7:301 ("Contracts infringing fundamental principles") hade ursprungligen följande ordalydelse: "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 — Se exempelvis artikel II-7:201 första stycket ("Mistake"), som i sin ursprungliga version hade följande lydelse: "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 — Se exempelvis artikel II-7:205 första stycket ("Fraud"), som i sin ursprungliga version hade följande lydelse: "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 — Se exempelvis artikel II-7:206 ("Coercion or threats"), som i sin ursprungliga version hade följande lydelse: "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 — Domstolen har exempelvis, i dom av den 25 oktober 2005 i mål C-229/04, Crailheimer Volksbank (REG 2005, s. I-9273), punkt 43, påpekat att syftet med direktivet är att skydda konsumenten mot det överraskningsmoment som är förknippat med hemförsäljning. Överraskningsmomentet framhålls även av Martín Briceño, M. del R., *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 — Se exempelvis Martín Briceño (ovan fotnot 45), s. 162, Habersack, M., "The Doorstep Selling Directive and Mortgage Loan Contracts", i *European Business Law Review*, nr 6/2000, s. 394.

47 — Detta uttryck avseende ångerperioden används av Manes, P., "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.

sitt åtagande inom en tidsperiod om minst sju dagar. [48] Om konsumenten beslutar att avsäga sig rättsverkningarna av sitt åtagande ska han enligt artikel 5.2 i direktivet befrias från alla förpliktelser enligt det uppsagda avtalet. Konsumentens ovannämnda rättighet är så viktig att han inte kan avstå från den [49].

55. Det är för att säkerställa att konsumenten har möjlighet att utöva denna viktiga rättighet väsentligt att han får tillräcklig skriftlig information därom. Näringsidkaren kan nämligen till sin egen fördel utnyttja den omständigheten att han kan övertyga konsumenten om att ingå avtalet – eventuellt på grund av konsumentens ögonblickliga hänförelse eller av att han inte kan jämföra detta erbjudande med andra erbjudanden – och inte informera honom om hans rätt att häva avtalet. Det kan hända att konsumenten sedan ”hänförelsen lagt sig” [50] ångrar sitt beslut men – okunnig om sin möjlighet att häva avtalet – accepterar att vara bunden av det ingångna avtalet.

56. Följaktligen är det för att skydda konsumenten i samband med avtal som ingås utanför fasta affärslokaler inte enbart viktigt att konsumenten *har* rätt att häva avtalet, utan även att han *är medveten* om sina rättigheter och informeras om dem. [51] Såsom domstolen redan har påpekat i domen i målet Heininger är det omöjligt för konsumenten att utöva sin hävningsrätt, om han inte vet att han har en sådan [52]. Om konsumenten inte har informerats om sin hävningsrätt kan han följaktligen inte utöva alla de rättigheter som är förknippade med den, såsom exempelvis att yrka att det avtal som ingåtts i avsaknad av sådan information ska ogiltigförklaras, utom i det fall i vilket det säkerställs att han faktiskt har informerats om dessa rättigheter (som är förknippade med hävningsrätten).

57. Den spanska bestämmelsen i vilken det föreskrivs att konsumenten kan väcka talan om ogiltigförklaring av ett avtal som ingåtts utanför fasta affärslokaler, om han inte har informerats om sin rätt att häva avtalet, är inte en lämplig bestämmelse i den mening som avses i artikel 4 tredje stycket i direktiv 85/577,

48 — Se i doktrinen exempelvis Habersack (ovan fotnot 46), s. 394. Mankowski, P., ”Die gemeinschaftsrechtliche Kontrolle von Erlöschenstatbeständen für verbraucherschützende Widerrufsrechte”, i *Juristenzeitung*, nr 23/2008, s. 1143, som påpekar att hävningsrätten i själva verket är det enda instrument som införts genom direktiv 85/577 för att skydda konsumenterna och att minsta inskränkning av denna rätt med nödvändighet leder till att skyddet minskas.

49 — Se artikel 6 i direktiv 85/577, enligt vilken konsumenten inte kan avstå från de rättigheter han tilldelas genom detta direktiv.

50 — Den ångerperiod som följer efter det att ett avtal har ingåtts kallas ofta för ”cooling off period” (bokstavligen: ”avkylningsperiod”). Se exempelvis Grönboken om översynen av konsumentregelverket (som framlagts av Europeiska kommissionen), KOM(2006) 744 slutlig, s. 10 i den engelska versionen, samt Europeiska kommissionens diskussionsdokument *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)*, som finns tillgängligt på webbplatsen http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/door_sell/doorstepselling_discussionpaper.pdf, s. 10.

51 — Jag tillägger att direktiv 85/577 på så sätt innebär att näringsidkaren åläggs ett särskilt ansvar, eftersom konsumentens utövande av sina rättigheter beror på den information som denne näringsidkare lämnar. Se generaladvokaten Légers förslag till avgörande av den 12 juli 2001 i målet Heininger (ovan fotnot 17), punkt 60.

52 — Se domen i målet Heininger (ovan fotnot 17), punkt 45. Se även domen i målet Hamilton (ovan fotnot 23), punkt 33, samt generaladvokaten Légers förslag till avgörande i målet Heininger (ovan fotnot 17), punkt 60. Se i doktrinen exempelvis Rudisch, B., ”Das ’Heininger’-Urteil des EuGH vom 13.12.2001, Rs C-481/99: Meilenstein oder Stolperstein für den Verbraucherschutz bei Realkrediten?”, i Eccher, B., Nemeth, K., och Tangl, A. (utgivare), *Verbraucherschutz in Europa. Festgabe für em. o. Univ.-Prof. Dr. Heinrich Mayrhofer*, Verlag Österreich, Wien, 2002, s. 202.

utom när det säkerställs att konsumenten faktiskt har informerats om de rättigheter som han under sådana förhållanden har enligt den nationella rättsordningen.

58. Det ska nedan således undersökas huruvida den nationella domstolen ska handla ex officio om konsumenten inte har informerats om sin rätt att häva avtalet.

3. Allmän regel: Det föreligger inte någon allmän skyldighet enligt gemenskapsrätten att ex officio pröva enskildas rättigheter

59. Det ska påpekas att det enligt gemenskapsrätten inte föreligger någon allmän skyldighet för de nationella domstolarna att ex officio beakta rättigheter som enskilda har enligt gemenskapens rättsordning. Enligt fast rättspraxis ska det, i avsaknad av gemenskapsrättsliga föreskrifter på området, i varje medlemsstats rättsordning enligt principen om medlemsstaternas självbestämmanderätt i processuella frågor anges vilka domstolar som är behöriga och vilka förfaranden för att väcka talan som är avsedda att tillvarata rättigheter som för enskilda följer av gemenskapsrätten. Dessa förfaranden får emellertid varken vara mindre förmånliga än dem som avser liknande situationer av intern art (likvärdighetsprincipen) eller göra det i praktiken omöjligt eller orimligt svårt att utöva rättigheter som följer av gemenskapsrätten (effektivitetsprincipen). [53] Varje fall som gäller frågan om huruvida en nationell processuell bestämmelse gör det omöjligt eller orimligt svårt att utöva de rättigheter som enskilda har enligt gemenskapens rättsordning ska bedömas med beaktande av bestämmelsens funktion i förfarandet vid de olika nationella domstolarna som helhet betraktat samt med beaktande av hur förfarandet är utformat och dess särdrag. [54]

60. Det framgår dessutom av rättspraxis att effektivitetsprincipen inte innebär en skyldighet för de nationella domstolarna att ex officio pröva en grund och invändningar som är hänförliga till en gemenskapsrättslig bestämmelse, oberoende av dess betydelse inom gemenskapens rättsordning, om parterna har en verklig möjlighet att vid en

53 — Se, för ett liknande resonemang, domarna i målen Peterbroeck (ovan fotnot 10), punkt 12, och van Schijndel (ovan fotnot 18), punkt 17, dom av den 16 maj 2000 i mål C-78/98, Presdon m.fl. (REG 2000, s. I-3201), punkt 31, av den 9 december 2003 i mål C-129/00, kommissionen mot Italien (REG 2003, s. I-4637), punkt 25, domarna i målen van der Weerd (ovan fotnot 18), punkt 28, och Mostaza Claro (ovan fotnot 15), punkt 24.

54 — Se domarna i målen Peterbroeck (ovan fotnot 10), punkt 14, van Schijndel (ovan fotnot 18), punkt 19, och van der Weerd (ovan fotnot 18), punkt 33.

nationell domstol åberopa en grund som är hänförlig till gemenskapsrätten [55]. Detta motiveras på grundval av den princip enligt vilken initiativet till en process tillkommer parterna och enligt vilken domstolen följaktligen endast kan handla ex officio i undantagsfall, på grund av allmänintresset. [56]

61. Domstolen har i sin rättspraxis dock utvecklat ett undantag från denna allmänna princip med avseende på vissa direktiv på konsumentskyddsområdet – först med avseende på direktiv 93/13 och därefter även med avseende på direktiv 87/102 – och har ansett att den nationella domstolen för konsumentskyddet och för att uppnå målen i dessa direktiv får pröva vissa frågor ex officio. [57]

55 — Se domen i målet van der Weerd (ovan fotnot 18), punkt 41. Se, för ett liknande resonemang, även domen i målet van Schijndel (ovan fotnot 18), punkt 22. Se i doktrinen exempelvis Lenaerts, K., Arts, D., och Maselis, I., *Procedural Law of the European Union*, andra upplagan, Sweet & Maxwell, London, 2006, s. 104, punkt 3-035, Simon, D., "Modalités du relevé d'office", i *Europe – Revue mensuelle LexisNexis JurisClasseur*, augusti–september 2007, s. 12, Jans, J. H., och Marseille, A. T., "Joined Cases C-222–225/05, 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", i *Common Market Law Review*, nr 3/2008, s. 858–859.

56 — Se domarna i målen van Schijndel (ovan fotnot 18), punkt 21, och van der Weerd (ovan fotnot 18), punkt 35.

57 — Det ska påpekas att domstolen även i andra fall har medgett ett undantag från den ovannämnda allmänna principen, exempelvis i domen i målet Peterbroeck (ovan fotnot 10). Domstolen slog i denna dom fast att gemenskapsrätten utgör hinder för tillämpningen av en nationell förfaranderegel som förbjuder den nationella domstolen att ex officio bedöma om en nationell rättsakt är förenlig med en gemenskapsrättslig bestämmelse som inte åberopats av den enskilde inom en viss tidsfrist. Detsamma gäller för tillämpningen av bestämmelser på området för gemenskapens konkurrensrätt. Se dom av den 1 juni 1999 i mål C-126/97, Eco Swiss (REG 1999, s. I-3055), punkt 40, och av den 13 juli 2006 i de förenade målen C-295/04–C-298/04, Manfredi m.fl. (REG 2006, s. I-6619), punkt 31.

62. Nedan ska således innehållet i rättspraxis avseende direktiven 93/13 och 87/102 prövas innan jag övergår till att kontrollera huruvida denna rättspraxis analogt kan överföras på direktiv 85/577.

4. Undantag från den allmänna regeln: Rättspraxis avseende direktiven 93/13 och 87/102

a) Rättspraxis avseende direktiv 93/13

63. Såvitt avser direktiv 93/13 är domarna i målen Océano Grupo, [58] Cofidis [59] och Mostaza Claro [60] relevanta.

64. I domen i målet Océano Grupo framhöll domstolen att skyddssystem som införs genom direktivet grundar sig på tanken att konsumenten befinner sig i underläge i förhållande till näringsidkaren, i fråga om såväl förhandlingsposition som informationsnivå, vilket medför att konsumenten godkänner villkor som näringsidkaren har utformat i förväg, utan att kunna påverka villkorens innehåll. [61] Domstolen påpekade att det mål som eftersträvas med artikel 6 i direktiv 93/13 – enligt vilken medlemsstaterna ska föreskriva att oskäliga villkor inte är bindande för

58 — Se domen i målet Océano Grupo (ovan fotnot 13).

59 — Se domen i målet Cofidis (ovan fotnot 14).

60 — Se domen i målet Mostaza Claro (ovan fotnot 15).

61 — Se domen i målet Océano Grupo (ovan fotnot 13), punkt 25.

konsumenterna – inte skulle kunna uppnås om konsumenterna var skyldiga att själva göra gällande att sådana villkor är oskäliga. [62] Domstolen påpekade att det föreligger en inte obetydlig risk för att konsumenten, bland annat på grund av okunnighet, inte gör gällande att det villkor som han ställs inför är oskäligt. Enligt domstolen kan ett verksamt konsumentskydd följaktligen endast uppnås om den nationella domstolen får bedöma ett sådant villkor ex officio. [63]

65. I domen i målet Océano Grupo påpekade domstolen även att den möjlighet som en nationell domstol har att ex officio granska huruvida ett villkor är oskäligt utgör ett medel som är ägnat både att uppnå det resultat som har slagits fast i artikel 6 i direktivet, det vill säga att förhindra att en konsument blir bunden av ett oskäligt villkor, och att bidra till att förverkliga det mål som avses i artikel 7 i direktivet [64]. En sådan granskning kan nämligen ha en avskräckande verkan som leder till att näringsidkarna upphör med att använda oskäliga villkor i konsumentavtalen. [65]

66. Domstolen har i denna dom i målet Océano Grupo således slagit fast att det skydd som konsumenterna garanteras i direktiv 93/13 innebär att *den nationella domstolen ex officio får bedöma huruvida ett avtalsvillkor är oskäligt*. [66]

67. Domstolen påpekade på liknande sätt i domen i målet Cofidis att mot bakgrund av den inte obetydliga risken för att konsumenten inte känner till sina rättigheter eller har svårigheter att tillvarata dem, har möjligheten för den nationella domstolen att ex officio granska huruvida ett villkor är oskäligt ansetts nödvändig för att säkerställa att konsumenter tillförsäkras ett verksamt skydd. [67] Domstolen fastslog i denna dom således att direktiv 93/13 innebär ett hinder för att tillämpa en nationell bestämmelse enligt vilken den nationella domstolen, i en tvist mellan en näringsidkare och en konsument rörande ett avtal som de slutit, efter det att en preklusionsfrist löpt ut, inte får fastslå – vare sig ex officio eller efter invändning från konsumenten – att ett villkor i det nämnda avtalet är oskäligt. [68]

68. Domstolen bekräftade på nytt de ovan angivna principerna i domen i målet Mostaza Claro. Domstolen fastslog i denna dom att direktiv 93/13 ska tolkas så, att en nationell domstol som har att pröva ett yrkande om ogiltigförklaring av en skiljedom ska pröva huruvida skiljeavtalet är ogiltigt och upphäva

62 — Ibidem, punkt 26.

63 — Ibidem, punkt 26. Domstolen har därefter bekräftat detta i domarna i målen Cofidis (ovan fotnot 14), punkt 33, och Mostaza Claro (ovan fotnot 15), punkt 28.

64 — I artikel 7.1 i direktiv 93/13 föreskrivs att ”[m]edlemsstaterna skall se till att det... finns lämpliga och effektiva medel för att hindra fortsatt användning av oskäliga villkor i avtal som näringsidkare sluter med konsumenter”. Enligt artikel 7.2 ska sådana medel ”omfatta bestämmelser om att personer eller organisationer, som enligt nationell rätt har ett berättigat intresse att skydda konsumenter, får inleda ett ärende enligt nationell lagstiftning vid domstolar eller behöriga administrativa myndigheter, för att dessa skall avgöra om avtalsvillkor... är oskäliga...”. Syftet med artikel 7 är således att göra det möjligt att säkerställa skyddet av konsumenterna även genom personer som inte är avtalsparter.

65 — Se domen i målet Océano Grupo (ovan fotnot 13), punkt 28. Domstolen har senare bekräftat denna ståndpunkt i domarna i målen Cofidis (ovan fotnot 14), punkt 32, och Mostaza Claro (ovan fotnot 15), punkt 27.

66 — Se domen i målet Océano Grupo (ovan fotnot 13), punkt 1 i domslutet.

67 — Se domen i målet Cofidis (ovan fotnot 14), punkt 33.

68 — Se domen i målet Cofidis (ovan fotnot 14), punkt 38 och domslutet.

denna skiljedom om nämnda avtal innehåller ett oskäligt avtalsvillkor, trots att konsumenten inte har åberopat skiljeavtalets ogiltighet under skiljeförfarandet utan endast inom ramen för talan om ogiltigförklaring. [69]

b) Rättspraxis avseende direktiv 87/102

69. Såsom kommissionen har påpekat har domstolen redan överfört den rättspraxis som utarbetats i domarna i målen Océano Grupo, Cofidis och Mostaza Claro på ett annat direktiv på området för konsumentskydd, det vill säga direktiv 87/102. I domen i målet Rampion [70] fastslog domstolen att direktiv 87/102 ska tolkas så att *de nationella domstolarna ges behörighet att ex officio tillämpa de bestämmelser genom vilka artikel 11.2 i direktivet har införlivats med nationell rätt.* [71] I denna bestämmelse i direktiv 87/102 föreskrivs att konsumenten under vissa förutsättningar [72] ska ha rätt att göra påföljder gällande gentemot kreditgivaren och att medlemsstaterna ska avgöra i vilken omfattning och under vilka villkor denna rättighet ska kunna utövas.

70. I domskälen till domen i målet Rampion fastslog domstolen att direktiv 87/102 har det dubbla syftet att dels inrätta en gemensam marknad för konsumentkrediter, dels skydda de konsumenter som ingår avtal om sådana krediter. [73] Syftet med artikel 11.2 är att tillerkänna konsumenten vissa rättigheter gentemot kreditgivaren utöver sedvanliga rättigheter gentemot denne och gentemot leverantören av varorna eller tjänsterna [74]. Detta syfte kan inte uppnås på ett effektivt sätt om konsumenten är tvungen att själv åberopa den rätt att göra påföljder gällande mot kreditgivaren som tillkommer denne enligt de nationella bestämmelser genom vilka artikel 11.2 i direktiv 87/102 har införlivats, särskilt på grund av den inte obetydliga risken för att konsumenten inte känner till sina rättigheter eller har svårigheter att tillvarata dem. [75]

5. Överföring av rättspraxis avseende direktiv 93/13 och direktiv 87/102 på förevarande fall

71. Ovannämnda rättspraxis kan enligt min mening överföras på förevarande fall men vid åberopandet av principerna i denna måste det säkerställas att dessa principer tillämpas med lämpliga anpassningsåtgärder och på ett sätt som inte strider mot syftet och de särskilda bestämmelserna i direktiv 85/577.

69 — Se domen i målet Mostaza Claro (ovan fotnot 15), punkt 39 och domslutet.

70 — Se domen i målet Rampion (ovan fotnot 22).

71 — Ibidem, punkt 69 och domslutet.

72 — I artikel 11.2 i direktiv 87/102 räknas följande villkor upp: ”När a) konsumenten för att köpa en vara eller få en tjänst utförd ingår ett kreditavtal med en annan person än leverantören, b) kreditgivaren och leverantören av varan eller tjänsten har ett tidigare avtal enligt vilket kredit lämnas enbart av den kreditgivaren till den leverantörens kunder för förvärv av varor eller tjänster från den leverantören, c) den konsument som avses i a ovan får sin kredit enligt ett sådant tidigare avtal, d) varan eller tjänsten som omfattas av kreditavtalet inte levereras eller levereras endast till en del eller inte överensstämmer med leveransavtalet, e) konsumenten har sökt få rättelse gentemot leverantören men har misslyckats med att få den gottgörelse han är berättigad till.”

73 — Se domen i målet Rampion (ovan fotnot 22), punkt 59.

74 — Ibidem, punkt 64.

75 — Ibidem, punkt 65.

72. Det råder för det första inte något tvivel om att tanken bakom denna rättspraxis eller skälen till domstolens beslut i de aktuella domarna kan överföras på förevarande fall. Rättspraxis i målen Océano Grupo, Cofidis, Mostaza Claro och Rampion utgår från förutsättningen att konsumenten befinner sig i underläge i förhållande till näringsidkaren [76] och att det föreligger en risk för att denna konsument är okunnig om sina rättigheter eller har svårigheter att tillvarata dem. [77] Även det system som införts genom direktiv 85/577 grundar sig på det förhållandet att konsumenten är den svagare parten i avtalet och således ska garanteras ett särskilt skydd, vilket särskilt framgår av kravet att han ska informeras skriftligen om sin hävningsrätt – således under förutsättningen att han inte känner till denna rätt om han inte har informerats om den – samt av medlemsstaternas skyldighet att föreskriva lämpliga bestämmelser för det fall att sådan information saknas. [78] Målet att ha en hög konsumentskyddsnivå är följaktligen identiskt, såväl i direktiven 93/13 och 87/102 som i direktiv 85/577. [79] Alla dessa rättsakter utgår således från förutsättningen att det föreligger en risk att konsumenten är okunnig om sina rättigheter. Denna skillnad mellan konsumenten och näringsidkaren kan endast uppvägas genom ett positivt ingripande av personer som inte är avtalsparter. [80]

73. Vid överförandet av ovannämnda rättspraxis är det dessutom nödvändigt att klart skilja mellan det som den nationella domstolen *fastställer* ex officio och följden av detta *fastställande*. Det väsentliga i rättspraxis avseende direktiv 93/13 är att den nationella domstolen ex officio ska fastställa att ett avtalsvillkor är oskäligt, och inte att den har möjlighet att fastställa att detta villkor inte är bindande för konsumenten. Det sistnämnda är endast en följd av att det fastställs att villkoret är oskäligt. [81] Den nationella domstolen ska även enligt direktiv 87/102 ex officio tillämpa de bestämmelser genom vilka artikel 11.2 i direktivet har införlivats med den nationella rättsordningen. Följderna fastställs dock genom nationella bestämmelser och kan variera från en medlemsstat till en annan. Det kan genom en analogi med

76 — Konsumentens underläge i förhållande till säljaren har påpekats exempelvis i domarna i målen Océano Grupo (ovan fotnot 13), punkt 25, och Mostaza Claro (ovan fotnot 15), punkt 26.

77 — Se domarna i målen Océano Grupo (ovan fotnot 13), punkt 26, Cofidis (ovan fotnot 14), punkt 33, Mostaza Claro (ovan fotnot 15), punkt 28, och Rampion (ovan fotnot 22), punkt 65.

78 — Domstolen har påpekat att det huvudsakliga syftet med direktiv 85/577 är att skydda konsumenten mot den risk som härrör från de speciella omständigheterna i samband med avtal som ingås utanför fasta affärslokaler och att skyddet för konsumenten består i att han eller hon ges en hävningsrätt. Se domen i målet Heininger (ovan fotnot 17), punkt 38, och dom av den 25 oktober 2005 i mål C-350/03, Schulte (REG 2005, s. I-9215), punkt 66. Se även domen i målet Hamilton (ovan fotnot 23), punkt 32.

79 — Det ska påpekas att kravet på en hög konsumentskyddsnivå även anges i artikel 38 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna (ovan fotnot 5). I denna artikel föreskrivs att det i unionens politik ska tryggas en hög nivå i fråga om konsumentskydd.

80 — Se analogt domarna i målen Océano Grupo (ovan fotnot 13), punkt 27, och Mostaza Claro (ovan fotnot 15), punkt 26.

81 — Det ska påpekas att följderna enligt direktiv 93/13 av att det införts ett oskäligt villkor i ett avtal skiljer sig från de följder som föreskrivs i direktiv 85/577 i det fall då konsumenten inte har informerats om sin rätt att häva avtalet. Enligt artikel 6.1 i direktiv 93/13 åläggs medlemsstaterna uttryckligen att föreskriva ”att oskäliga villkor som används i avtal som en näringsidkare sluter med en konsument *inte är... bindande för konsumenten...*” (min kursivering). I artikel 4 tredje stycket i direktiv 85/577 föreskrivs däremot endast att ”[m]edlemsstaterna skall se till att deras nationella lagstiftning *innehåller lämpliga bestämmelser* som skyddar konsumenten i de fall sådan information som anges i denna artikel saknas” (min kursivering). Skillnaden mellan följderna ligger även i att påföljden för ett oskäligt villkor i direktiv 93/13 fastställs i gemenskapsrätten, medan följderna i det fall då konsumenten inte har informerats om sin hävningsrätt regleras av den nationella rätten.

skillnaden mellan fastställandet ex officio och följderna av detta fastställande hävdas att den nationella domstolen inom ramen för direktiv 85/577 ex officio ska fastställa *om konsumenten har informerats om sin rätt att häva avtalet*.

74. Det är klart att frågan härvid uppkommer om följderna av att det konstateras att information eventuellt saknas. Den hänskjutande domstolen anser att avtalets absoluta ogiltighet i så fall är en lämplig åtgärd i konsumentskyddshänseende, eftersom det är en strängare åtgärd än den relativa ogiltighet som föreskrivs i spansk rätt. Frågan uppkommer dock om huruvida den absoluta ogiltighet såsom en följd av att konsumenten inte informerats är en åtgärd som motsvarar syftet med direktiv 85/577. Det ska således – på samma sätt som i förhållande till den relativa ogiltigheten – bedömas huruvida avtalets absoluta ogiltighet som den nationella domstolen fastställer ex officio är en lämplig åtgärd för att skydda konsumenterna i den mening som avses i artikel 4 tredje stycket i detta direktiv.

75. Vad avser frågan om huruvida den absoluta ogiltigheten är lämplig ska det först och främst dras en parallell mellan konsumentens rätt att häva avtalet och hans rätt att besluta i frågan om huruvida det avtal som ingåtts utan den ovannämnda informationen är giltigt. Det måste beaktas att utövandet av rätten att häva det avtal som ingås utanför fasta affärslokaler görs beroende av konsumentens vilja. I artikel 5.1 i direktiv 85/577 föreskrivs att ”[k]onsumenten *skall ha rätt*[82] att avsäga sig rättsverkningarna av sitt åtagande...”. Kärnpunkten i denna bestämmelse är således att det är konsumenten som ska bestämma huruvida han ska häva avtalet eller inte. Av artikel 5.2 i samma direktiv framgår vidare att konsumenten befrias från alla förpliktelser enligt det uppsagda avtalet endast om han har skickat ett meddelande om hävningen till motparten. För att avtalet inte längre ska vara bindande för konsumenten måste han således fatta ett beslut och därefter skicka ett meddelande om hävningen till motparten.

76. På samma sätt som konsumenten ska ha möjlighet att själv utöva sin hävningsrätt ska han dessutom ha möjlighet att personligen bestämma huruvida han vill behålla avtalet som ingåtts utan den ovannämnda informationen eller inte. Han kan nämligen vilja bekräfta giltigheten av detta avtal även om han inte har informerats om sin hävningsrätt. I förevarande fall ska konsumenten om avtalet ogiltigförklaras i princip, enligt bestämmel-

82 — Min kursivering. Se även de andra språkversionerna av denna del av bestämmelsen: den franska (”le consommateur a le droit”), den engelska (”the consumer shall have the right”), den tyska (”der Verbraucher besitzt das Recht”), den italienska (”il consumatore ha il diritto”) och den spanska versionen (”el consumidor tendrá el derecho”).

serna i spansk rätt och på grund av principen *quod nullum est, nullum producit effectum* (det som är ogiltigt får inga följder), [83] återlämna de emottagna varorna till näringsidkaren, men ha rätt till återbetalning av det pris som redan betalats. [84] Det är dock möjligt att detta inte innebär en fördel för konsumenten. Tvärtom kan ett sådant avtals ogiltighet visa sig vara helt och hållet till hans nackdel. [85] Genom att vilja skydda konsumenten alltför mycket är det därför möjligt att han i stället skadas, vilket det latinska ordspråket *summum ius summa iniuria* (högst rätt högsta orätt) väl visar.

77. Det är dessutom viktigt att påpeka att om man godtar avtalets absoluta ogiltighet så innebär detta att gränserna för rättspraxis avseende direktiv 93/13 ytterligare överskrids. Artikel 6.1 i direktiv 93/13 tillåter nämligen att ”avtalet skall förbli bindande för parterna, om det kan bestå utan de oskäliga villkoren”. Den nationella domstolen ska enligt direktiv 93/13 därför endast ogiltigförklara avtalet ex officio om särskilda villkor i avtalet är oskäliga. Avtalet förblir dock giltigt om det kan gälla även utan de villkor som fastställts vara oskäliga. I förevarande fall vill den hänskjutande domstolen dock ogiltigförklara avtalet i sin helhet, varför följderna för detta i så fall är allvarligare än följderna enligt direktiv 93/13.

78. Jag anser därför att den nationella domstolens absoluta ogiltigförklaring av avtalet ex officio för det fall att konsumenten inte har informerats om sin hävningsrätt inte är en lämplig åtgärd för konsumentskyddet i den mening som avses i artikel 4 tredje stycket i direktiv 85/577.

79. Det är vid bestämmandet av följderna av att den nationella domstolen fastställt att konsumenten inte har informerats om sin

83 — Denna princip innebär att det ogiltigförklarade avtalet inte har rättsliga konsekvenser. Detta bekräftas exempelvis, såvitt avser spansk rätt, av Díez-Picazo, L., och Gullón, A., *Sistema de derecho civil, Vol. II*, sjunde upplagan, Tecnos, Madrid, 1995, s. 109. Ur ett komparativrättsligt perspektiv ska det påpekas att denna princip även har fastställts i andra medlemsstaters rättsordning. Se exempelvis, vad avser fransk rätt, Flour, J., m.fl. (ovan fotnot 30), s. 297, punkt 361, och vad avser slovensk rätt Polajnar Pavčnik, A. (ovan fotnot 34), kommentar till artikel 86, s. 507.

84 — Se artikel 1.303 i den spanska Código civil. Se i den spanska doktrinen, vad avser skyldigheten att återlämna de varor som erhållits enligt ett ogiltigförklarat avtal, Díez-Picazo, L., och Gullón, A. (ovan fotnot 83), s. 111. Analoga bestämmelser föreskrivs i de andra medlemsstaternas rättsordningar. Se exempelvis, i fråga om tysk rätt, Larenz, K., och Wolf, M. (ovan fotnot 32), s. 797, punkt 8, vilka påpekar att om avtalet ogiltigförklaras är det nödvändigt att återgå till den situation som skulle ha förelegat om det ogiltigförklarade avtalet aldrig hade genomförts. Se i fråga om fransk rätt Flour, J., m.fl. (ovan fotnot 30), s. 298, punkt 362. Se, i fråga om slovensk rätt, Polajnar Pavčnik, A. (ovan fotnot 34), kommentar till artikel 87, sidan 513 och följande sidor.

85 — Som exempel kan det fall tas i vilket konsumenten i samband med hemförsäljning köper en encyklopedi i förväg och till ett för de första köparna lägre pris. Konsumenten betalar priset, men säljaren levererar inte varan inom föreskriven frist, varför konsumenten väcker talan mot säljaren. Domstolen konstaterar att konsumenten inte har informerats om sin rätt att häva avtalet och ogiltigförklarar således avtalet. Säljaren återbetalar det erlagda priset till konsumenten. Denne vill dock köpa encyklopedin och beställer den på nytt, dock till ett högre pris, eftersom det inte längre är möjligt att köpa den till det lägre pris som tillämpades vid köp i förväg.

hävningsrätt följaktligen nödvändigt att genom en teleologisk tolkning söka ett alternativ som bättre motsvarar syftet med direktiv 85/577.

80. Det syfte som eftersträvas med direktiv 85/577 kan enligt min mening uppnås bättre om den nationella domstolen – sedan den ex officio fastställt att konsumenten inte har informerats om sin hävningsrätt – *informerar konsumenten om de rättigheter han under sådana förhållanden har enligt den nationella rättsordningen*. Dels säkerställs på så sätt ett lämpligt skydd av konsumenten, dels ges konsumenten möjlighet att personligen enligt principen om den privaträttsliga självständigheten [86] bestämma huruvida han vill att avtalet fortfarande ska gälla för det fall han inte har informerats om sin hävningsrätt.

81. Genom en lösning där den nationella domstolen ska informera konsumenten om hans rättigheter enligt den nationella rättsordningen iakttas dessutom medlemsstaternas rätt enligt artikel 4 tredje stycket i direktiv 85/577 att själva välja lämpliga bestämmelser för det fall att konsumenten inte har informerats om sin rätt att häva avtalet. Om den nationella domstolen tilläts att ex officio ogiltigförklara ett avtal som ingåtts utan sådan information skulle medlemsstaterna berövas det utrymme för skönsmässig bedömning de enligt direktivet har vad avser följderna för avtal med sådana fel. En komparativrättslig analys visar att medlemsstaterna vid införlivandet av artikel 4 tredje stycket i direktiv 85/577 faktiskt har bestämt sig för sinsemellan mycket olika åtgärder för det fall att konsumenten inte har informerats om sin hävningsrätt. Dessa lösningar av olika slag kan kortfattat delas upp i två grupper. Som exempel – och utan att frågan på förhand bedöms om huruvida de nationella genomförandebestämmelserna innebär att bestämmelserna i direktiv 85/577 har införlivats på ett korrekt sätt – ska jag redogöra för vissa medlemsstaters lösningar nedan.

82. Den första gruppen omfattas av länder enligt vars rättsordning följden av att konsu-

86 — Se exempelvis Basedow, J., ”Die Europäische Union zwischen Marktfreiheit und Überregulierung – Das Schicksal der Vertragsfreiheit”, i *Bitburger Gespräche Jahrbuch 2008/I*, Beck, München, 2009, s. 86, som påpekar att avtalsfriheten är det viktigaste uttrycket för självständigheten. Se, vad avser självständigheten på privaträttens område, ur ett komparativrättsligt perspektiv i den tyska doktrinen Larenz, K., och Wolf, M., *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts* (ovan fotnot 32), s. 2, punkt 2, i den österrikiska doktrinen Koziol, H., och Welser, R., *Grundriss des bürgerlichen Rechts. Band I: Allgemeiner Teil – Sachenrecht – Familienrecht*, elfte upplagan, Manzsche Verlags- u. Universitätsbuchhandlung, Wien, 2000, s. 84, i den spanska doktrinen Díez-Picazo, L., och Gullón, A., *Sistema de derecho civil, Vol. I*, tionde upplagan, Tecnos, Madrid, 2002, sidan 369 och följande sidor, på s. 375. Se i den franska doktrinen Aubert, J.-L., och Savaux, É., *Les obligations. 1. Acte juridique*, tolfte upplagan, Sirey, Paris, 2006, s. 72, punkt 99 och följande punkter.

menten inte har informerats är att avtalet anses ogiltigt (exempelvis Belgien [87], Luxemburg [88], Nederländerna [89] och Spanien [90]) eller att avtalet inte är bindande för konsumenten (exempelvis Finland [91]), eller att det inte kan krävas att konsumenten genomför avtalet (exempelvis Irland [92] och Förenade kungariket [93]). Den andra gruppen omfattar länder i vilka fristen för att häva avtalet förlängs till följd av att konsumenten inte har informerats [94] (exempelvis Österrike [95], Republiken Tjeckien [96], Italien [97], Tyskland [98] och Slovenien [99]). Det ska även nämnas att det i vissa stater, vid sidan av de huvudsakliga följderna av bristande information – exempelvis att avtalet blir ogiltigt eller att fristen för att häva avtalet förlängs – även föreskrivs böter (det är fallet med Belgien [100] och Italien [101]). Det ska vidare påpekas att denna fråga *de lege ferenda* kanske kommer att lösas på ett enhetligt sätt genom direktivet om konsumenträttigheter,

87 — Se i fråga om Belgien artikel 88 tredje stycket i Loi du 14/7/1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur, i vilken det föreskrivs att följden av att konsumenten inte har informerats är att avtalet blir ogiltigt. Det ska påpekas att det i lagen inte anges huruvida det är fråga om en relativ eller en absolut ogiltighet och de belgiska domstolarna har inte heller någon enhetlig ståndpunkt i denna fråga. Se exempelvis Hof van Beroep te Antwerpens dom av den 31 oktober 2005 (*Rechtskundig Weekblad* 2007-08, nr 22, 26.1.2008), i vilken nämnda domstol har slagit fast att det är fråga om en absolut ogiltighet, samt Hof van Beroep te Gents dom av den 21 februari 2007 (*Jaarboek Handelspraktijken & Mededinging 2007*, s. 369), vari den domstolen har uttalat sig till förmån för en relativ ogiltighet.

88 — Se, vad avser Luxemburg, artikel 10 fjärde stycket i Loi du 16 juillet 1987 concernant le colportage, la vente ambulante, l'étalage de marchandises et la sollicitation de commandes, i vilken det föreskrivs att avtalet är ogiltigt och att konsumenten ska ha möjlighet att göra gällande att avtalet är ogiltigt om han inte har informerats om sin hävningsrätt.

89 — Se artikel 24.1 i den nederländska lagen Colportagewet, i vilken det föreskrivs att avsaknaden av information till konsumenten medför att avtalet är ogiltigt. Mot bakgrund av den allmänna skillnaden mellan "ogiltighet" och "möjlighet att ogiltigförklara" i nederländsk rätt är det i detta fall fråga om att domstolen ex officio kan åberopa att avtalet är ogiltigt. Se Hartkamp, A. S., *Verbintenissenrecht* (ovan fotnot 33), s. 484, punkt 459.

90 — Såsom angetts i punkt 13 i detta förslag till avgörande framgår det av artikel 4 i Ley 26/1991, de 21 de noviembre, sobre contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles att ett avtal som har ingåtts eller ett anbud som har lämnats med åsidosättande av skyldigheten att informera konsumenten om hans hävningsrätt kan ogiltigförklaras om konsumenten begär detta.

91 — Se, i fråga om Finland, kapitel 6, artikel 20, i Kuluttajansuojalaki 38/1978, i vilken det föreskrivs att avtalet inte är bindande för konsumenten, men att denne är skyldig att göra gällande att avtalet är ogiltigt.

92 — Se, vad avser Irland, artikel 4.1 b i European Communities (Cancellation of Contracts negotiated away from business premises) Regulations, 1989, enligt vilken det inte kan krävas att konsumenten ska genomföra avtalet ("the contract shall not be enforceable") om han inte har informerats om sin hävningsrätt.

93 — I Förenade kungariket är artikel 7.6 i The Cancellation of Contracts made in a Consumer's Home or Place of Work etc. Regulations 2008 tillämplig. Enligt denna artikel kan det inte krävas att konsumenten ska genomföra avtalet ("the contract shall not be enforceable") om han inte har informerats om sin hävningsrätt.

94 — Jag ska här inte behandla frågan om huruvida dessa nationella bestämmelser, i vilka det dock fastställs en tidsgräns för den förlängda fristen, är förenliga med domstolens dom i målet Heininger (ovan fotnot 17).

95 — Se artikel 3.1 i den österrikiska Konsumentenschutzgesetz, enligt vilken fristen för att häva avtal börjar löpa från och med den tidpunkt då konsumenten informeras om sin hävningsrätt.

96 — Se i tjeckisk rätt artikel 57.3 Občiansky zákonník – Zákon č. 40/1964, enligt vilken konsumenten får häva avtalet inom ett år från och med den dag då avtalet ingicks om han inte har informerats om sin hävningsrätt.

97 — Se, i fråga om Italien, artikel 65 tredje stycket i Codice del consumo, enligt vilken – om konsumenten inte har informerats om sin hävningsrätt – fristen för att häva avtalet förlängs med 60 dagar och, i fråga om avtal om försäljning av varor, börjar löpa från och med den dag då konsumenten mottar varorna och, i fråga om avtal om tillhandahållande av tjänster, från och med den dag då avtalet ingås.

98 — Se 355 § tredje stycket i den tyska Bürgerliches Gesetzbuch (BGB), enligt vilken konsumentens rätt att häva avtalet inte upphör om han inte har informerats om denna rätt på ett korrekt sätt.

99 — Se artikel 43č fjärde stycket i den slovenska Zakon o varstvu potrošnikov, enligt vilken fristen för att häva avtalet är tre månader om konsumenten inte har informerats om sin hävningsrätt. Artikel 43č reglerar egentligen hävning av distansavtal men tillämpas med stöd av artikel 46c.4 i tillämpliga delar även på avtal som ingås utanför affärslokaler.

100 — I artikel 102 punkt 7 i den belgiska Loi du 14/7/1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur föreskrivs det böter om denna information saknas.

101 — Böter föreskrivs i artikel 62 i den italienska Codice del consumo.

vilket för närvarande befinner sig på förslagsstadiet [102]. I förslaget föreskrivs att om konsumenten inte har informerats om sin rätt att häva avtalet ska ångerfristen löpa ut tre månader efter det att näringsidkaren har fullgjort alla sina övriga skyldigheter enligt avtalet [103].

83. Det återstår att kontrollera huruvida bestämmelserna i direktiv 85/577 utgör tvingande rätt. Domstolen har i domen i målet Mostaza Claro [104] underförstått redan betecknat bestämmelserna i direktiv 93/13 så att de utgör tvingande rätt [105]. Domstolen har därvid särskilt åberopat att artikel 6.1 i detta direktiv är en tvingande bestämmelse. Det kan även, såvitt avser direktiv 85/577, påpekas att artikel 4 i detta direktiv – enligt vilken näringsidkaren åläggs en skyldighet att skriftligen informera konsumenten om hans rätt att häva avtalet – är en tvingande bestämmelse som, med hänsyn till att den ena avtalsparten befinner sig i underläge, har till syfte att ersätta den formella jämvikt som råder mellan avtalsparternas rättigheter och skyldigheter med en verklig jämvikt så att parterna blir jämbördiga. Såsom domstolen med hänvisning till direktiv 93/13 redan har påpekat i domen i målet Mostaza Claro kan det även med avseende på direktiv 85/577 konstateras att detta direktiv, som syftar till att stärka konsumentskyddet, dessutom, i enlighet med artikel 3.1 t EG, utgör en grundläggande åtgärd som är oundgänglig för att de uppgifter som gemenskapen har anförtrotts ska kunna utföras och, i synnerhet, för att höja levnadsstandarden och livskvaliteten i hela gemenskapen. [106]

84. Även för det fall domstolen godkänner argumenteringen i föregående punkt om tvingande rätt ska det påpekas att domstolen för att motivera de nationella domstolarnas ingripande ex officio i domarna i målen Océano Grupo och Cofidis inte har hänvisat till tvingande rätt, utan *endast till ett verksamt skydd av konsumenten*, vilket med hänsyn till risken att denne är okunnig om sina rättigheter kan uppnås endast om den nationella domstolen tillerkänns en behörighet att ingripa ex officio [107]. Utan tvekan måste det

102 — Förslag till Europaparlamentets och rådets direktiv om konsumenträttigheter (KOM(2008) 614 slutlig). Detta direktiv är avsett att ersätta direktiven 85/577 och 93/13, samt Europaparlamentets och rådets direktiv 97/7/EG av den 20 maj 1997 om konsumentskydd vid distansavtal (EGT L 144, s. 19), och Europaparlamentets och rådets direktiv 1999/44/EG av den 25 maj 1999 om vissa aspekter rörande försäljning av konsumentvaror och härmed förknippade garantier (EGT L 171, s. 12). Se artikel 47 i det ovannämnda förslaget till Europaparlamentets och rådets direktiv om konsumenträttigheter och den förklarande promemorian till detta förslag (s. 3).

103 — Se artikel 13 i förslaget till Europaparlamentets och rådets direktiv om konsumenträttigheter (ovan fotnot 102).

104 — Se domen i målet Mostaza Claro (ovan fotnot 15), punkterna 35–38.

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

106 — Jämför domen i målet Mostaza Claro (ovan fotnot 15), punkt 37.

107 — Se domarna i målen Océano Grupo (ovan fotnot 13), punkt 26, och Cofidis (ovan fotnot 14), punkt 33. Detta understryks även av generaladvokaten Mengozzi i hans förslag till avgörande av den 29 mars 2007 i mål C-429/05, Rampion (REG 2007, s. I-8017), punkt 61.

även i förevarande fall säkerställas ett verksamt skydd av konsumenterna, varför detta krav enligt min mening kan vara tillräckligt för att motivera att den nationella domstolen ingriper ex officio, utan att argumenten om tvingande rätt behöver tillgripas.

85. Den lösning enligt vilken den nationella domstolen, sedan den ex officio fastställt att konsumenten inte informerats om sin hävningsrätt, ska informera denna om de rättigheter som han under dessa förhållanden har enligt den nationella lagstiftningen, strider enligt min mening inte heller mot domstolens dom i målet Hamilton. [108] I denna dom – som avsåg frågan om huruvida en bestämmelse enligt vilken konsumentens hävningsrätt upphör en månad efter det att parterna helt har fullgjort sina förpliktelser enligt ett kreditavtal med lång löptid utgör en lämplig åtgärd i konsumentskyddshänseende – påpekade domstolen att ordet ”lämpliga” som används i artikel 4 tredje stycket i direktiv 85/577 visar att nämnda bestämmelser inte är avsedda att utgöra ett fullständigt skydd för konsumenterna [109] och att såväl den allmänna systematiken som lydelsen i flera av direktivets bestämmelser visar att det förekommer vissa begränsningar av skyddet [110]. Det ska dock beaktas att vissa begränsningar avser de särskilda faktiska omständigheterna i det ovannämnda målet, i vilket parterna helt hade fullgjort sina skyldigheter enligt avtalet [111].

86. Det följer dock av den beskrivning av de faktiska omständigheterna i målet vid den nationella domstolen som lämnas i beslutet om hänskjutande att skyldigheterna enligt avtalet ännu inte har fullgjorts helt. De köpta varorna levererades till konsumenten och av försäljningspriset som totalt uppgick till 1 909 euro betalade konsumenten 47,48 euro, det vill säga endast en liten del av detta belopp. Näringsidkaren inledde ett förfarande mot konsumenten på grund av att denna inte helt hade fullgjort sina skyldigheter enligt avtalet. De begränsningar i skyddet av konsumenterna som domstolen har infört genom domen i målet Hamilton kommer följaktligen inte i fråga i förevarande mål, eftersom de båda parterna ännu inte helt har fullgjort sina skyldigheter enligt avtalet.

108 — Domen i målet Hamilton (ovan fotnot 23).

109 — Ibidem, punkt 39. Detta har även betonats i doktrinen. Se exempelvis Mankowski, P., ”Die gemeinschaftsrechtliche Kontrolle von Erlöschenstatbeständen für verbraucherschützende Widerrufsrechte”, i *Juristenzeitung*, nr 23/2008, s. 1143.

110 — Ibidem, punkt 40.

111 — I doktrinen har denna synpunkt betonats exempelvis av Kroll, K., ”Vertragserfüllung als zeitliche Grenze des verbraucherschützenden Widerrufsrechts”, i *Neue Juristische Wochenschrift*, nr 28/2008, s. 2000. Se, för ett liknande resonemang, även Edelmann, H., EuGH: ”Kein grenzenloser Verbraucherschutz”, i *Betriebs-Berater*, nr 19/2008, s. 970, Raynouard, A., ”CJCE, 10 avril 2008, C-412/06, Annelore Hamilton c/Volksbank Filder eG”, i *Revue de jurisprudence commerciale*, nr 4/2008, s. 305. Det ska tilläggas att domstolen i domen i målet Hamilton har påpekat att hänvisningen till begreppet ”skyldigheter som uppstår enligt avtalet” i femte skälet i direktiv 85/577 visar att konsumenten kan häva avtalet *under dess giltighetstid* (domen i målet Hamilton, ovan fotnot 23, punkt 41, min kursivering) – självklart förutsatt att konsumenten inte har informerats om sin hävningsrätt. Detta vittnar dock inte om någon inskränkning i konsumentskyddet så länge som skyldigheterna enligt avtalet ännu inte har fullgjorts.

6. Huruvida den nationella domstolens behörighet att ingripa ex officio är en möjlighet eller en skyldighet

87. Även om syftet med den hänskjutande domstolens fråga inte är att det ska fastställas huruvida den enligt artikel 4 i direktiv 85/577 har en *skyldighet* att handla ex officio om konsumenten inte har informerats om sin hävningsrätt eller huruvida den ovannämnda bestämmelsen i stället *tillåter* nämnda domstol att ingripa, är det nödvändigt att klargöra huruvida den nationella domstolen i förevarande fall har en möjlighet eller en skyldighet att ingripa ex officio. Denna fråga är särskilt viktig, eftersom kommissionen i detta mål har framfört uppfattningen att de nationella domstolarna i ett fall som det aktuella har en skyldighet att handla ex officio. [112] Den österrikiska regeringen anser däremot att det inte föreligger någon sådan skyldighet. [113]

88. Det ska för det första påpekas att den nationella domstolens fråga ska förstås mot bakgrund av spansk rätt. Spansk rätt tillåter inte den hänskjutande domstolen att i ett fall som detta handla ex officio, vilket är skälet till att denna domstol frågar huruvida ett sådant ingripande ex officio är tillåtet enligt gemenskapsrätten. [114] Det framgår i själva verket klart av tolkningsfrågan att den hänskjutande domstolen söker finna en rättslig grund i gemenskapsrätten för att ingripa ex officio.

89. Det ska som jämförelse dessutom påpekas att domstolen i domen i målet Océano Grupo, [115] med hänvisning till direktiv 93/13, har slagit fast att den nationella domstolen ex officio *får* bedöma huruvida ett avtalsvillkor är oskäligt. Analogt har domstolen i domen i målet Cofidis talat om den *möjlighet* [116] som den nationella domstolen har att göra en sådan bedömning ex officio.

112 — Se punkt 31 i detta förslag till avgörande.

113 — Den österrikiska regeringen har närmare bestämt påpekat att artikel 4 i direktiv 85/577 inte innebär ett krav på medlemsstaterna att deras nationella domstolar ska vara skyldiga att handla ex officio. Se punkt 27 i detta förslag till avgörande.

114 — Den fråga som ställts av den hänskjutande domstolen och domstolens svar på denna fråga i målet Océano Grupo (ovan fotnot 13), kan även förstås från denna synpunkt. Se, för ett liknande resonemang, Van Huffel, M., "La condition procédurale des règles de protection des consommateurs: les enseignements des arrêts Océano, Heininger et Cofidis de la Cour de justice", i *Revue européenne de droit de la consommation*, nr 2/2003, s. 94.

115 — Detta framgår av de flesta språkversionerna av punkt 1 i domslutet i domen i målet Oceáno Grupo (ovan fotnot 13). Se exempelvis den franska ("le juge national puisse apprécier d'office"), den engelska ("the national court being able to determine of its own motion"), den tyska ("das nationale Gericht von Amts wegen prüfen kann"), den italienska ("il giudice nazionale … possa valutare d'ufficio"), den spanska ("el Juez nacional pueda apreciar de oficio"), den portugisiska ("o juiz nacional possa apreciar oficiosamente") och den nederländska versionen ("dat de nationale rechter … ambtshalve kan toetsen").

116 — Se domen i målet Cofidis (ovan fotnot 14), punkterna 32, 33 och 35. I vissa språkversioner används i dessa punkter två olika begrepp, exempelvis den franska ("faculté" och "pouvoir"), den italienska ("facoltà" och "potere") och den portugisiska versionen ("faculdade" och "poder"). I andra språkversioner används ett och samma begrepp, exempelvis den engelska ("power"), den tyska ("Befugnis"), den spanska ("facultad"), och den nederländska versionen ("bevoegdheid").

Domstolen har därefter gått ett steg längre i domen i målet Mostaza Claro, där den har slagit fast att den nationella domstolen *är skyldig* att ex officio bedöma huruvida ett avtalsvillkor är oskäligt. [117]

90. Det föreligger enligt min mening även i förevarande fall en skyldighet för den nationella domstolen att ingripa ex officio, eftersom det endast på så sätt är möjligt att säkerställa det verksamma konsumentskydd som eftersträvas med direktiv 85/577. [118] Om denna bedömning överlämnades åt de nationella domstolarnas skönsmässiga bedömning är det inte klart vilka kriterier som ligger till grund för att domstolarna ingriper ex officio i vissa fall men inte i andra fall. De nationella domstolarnas skyldighet att ingripa ex officio är även viktig på grund av att ett sådant systematiskt genomfört ingripande har en avskräckande effekt genom att näringsidkarna avskräcks från att inte informera konsumenten om hans rätt att häva avtalet. [119]

91. De nationella domstolarna har enligt min mening således en skyldighet, och inte endast en möjlighet, att ex officio kontrollera huruvida konsumenten har informerats om sin rätt att häva avtalet och om så inte har skett att informera honom om de rättigheter som han under sådana förhållanden har enligt den nationella rättsordningen.

C — *Slutsats*

92. Med beaktande av dessa överväganden anser jag att tolkningsfrågan ska besvaras enligt följande. Artikel 153 EG jämförd med artikel 3.1 t EG och artikel 4 tredje stycket i direktiv 85/577 ska tolkas så att den inte tillåter den nationella domstolen att, under omständigheter såsom omständigheterna i förevarande fall, ex officio ogiltigförklara ett avtal om konsumenten inte under förfarandet vid nämnda domstol har åberopat att avtalet är ogiltigt. Den nationella domstolen ska dock ex officio bedöma huruvida konsumenten har informerats om sin rätt att häva avtalet och, om detta inte har skett, informera honom om de rättigheter han under sådana förhållanden har enligt den nationella rättsordningen.

117 — Det ska härvidlag påpekas att i domslutet i domen i målet Mostaza Claro (ovan fotnot 15) används imperativ uttryckligen endast i vissa språkversioner – se exempelvis den engelska (”must determine whether the arbitration agreement is void”) eller den slovenska versionen (”mora … presojati ničnost arbitražnega dogovora”) – i andra versioner används indikativ i domslutet, vilket är fallet i den franska (”apprécie la nullité de la convention d’arbitrage”) och den tyska versionen (”die Nichtigkeit der Schiedsvereinbarung prüft”). Skyldigheten att ex officio pröva huruvida avtalet är giltigt framgår dock klart av punkt 38 i denna dom. Se vissa språkversioner av denna punkt i domen, exempelvis den franska (”soit tenu d’apprécier d’office”), den engelska (”being required to assess of its own motion”), den tyska (”von Amts wegen … prüfen muss ”), den italienska (”sia tenuto a valutare d’ufficio”), den spanska (”deba apreciar de oficio”), den portugisiska (”deva apreciar oficiosamente”), den slovenska (”dolžnost …, da po uradni dolžnosti presoja”) och den nederländska versionen (”ambtshalve dient te beoordelen”).

118 — Detta understryks i samband med en jämförelse med direktiv 93/13 av Van Huffel (ovan fotnot 114), s. 97.

119 — Ibidem, punkt 77.

VII — Förslag till avgörande

93. Med hänsyn till vad som ovan anförts föreslår jag att domstolen besvarar frågan från Audiencia Provincial de Salamanca enligt följande:

Artikel 153 EG, jämförd med artikel 3.1 t EG och artikel 4 tredje stycket i rådets direktiv 85/577/EEG av den 20 december 1985 för att skydda konsumenten i de fall då avtal ingås utanför fasta affärslokaler, ska tolkas så att den inte tillåter den nationella domstolen att, under omständigheter såsom omständigheterna i förevarande fall, ex officio ogiltigförklara ett avtal, om konsumenten inte under förfarandet vid nämnda domstol har åberopat att avtalet är ogiltigt. Den nationella domstolen ska dock ex officio bedöma huruvida konsumenten har informerats om sin rätt att häva avtalet och, om detta inte har skett, informera honom om de rättigheter han under sådana förhållanden har enligt den nationella rättsordningen.