MARTÍN MARTÍN

SKLEPNI PREDLOGI GENERALNE PRAVOBRANILKE VERICE TRSTENJAK, predstavljeni 7. maja 2009 [1]

Vsebinsko kazalo

I – Uvod . . . . . I - 11942

II – Pravni okvir . . . . . I - 11943

A – Pravo Skupnosti . . . . . I - 11943

1. Pogodba ES . . . . . I - 11943

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

B – Listina Unije o temeljnih pravicah . . . . . I - 11946

C – Nacionalno pravo . . . . . I - 11947

III – Dejansko stanje, postopek v glavni stvari in vprašanje za predhodno odločanje . . . . . I - 11948

IV – Postopek pred Sodiščem . . . . . I - 11949

V – Trditve strank . . . . . I - 11950

VI – Presoja generalne pravobranilke . . . . . I - 11954

A – Uvod . . . . . I - 11954

B – Presoja vprašanja za predhodno odločanje . . . . . I - 11955

1. Uvodno glede vprašanja za predhodno odločanje . . . . . I - 11955

a) Določbe prava Skupnosti, katerih razlago zahteva predložitveno sodišče I - 11955

b) Problemi, ki jih odpira vprašanje za predhodno odločanje . . . . . I - 11957

2. Ali je relativna ničnost pogodbe ustrezen ukrep v smislu člena 4, tretji odstavek, Direktive 85/577? . . . . . I - 11958

1 – Jezik izvirnika: slovenščina.

3. Splošno pravilo: v pravu Skupnosti ni splošne dolžnosti presoje po uradni dolžnosti . . . . . I - 11962

4. Izjema od splošnega pravila: sodna praksa v zvezi z Direktivo 93/13 in v zvezi z Direktivo 87/102 . . . . . I - 11963

a) Sodna praksa v zvezi z Direktivo 93/13 . . . . . I - 11963

b) Sodna praksa v zvezi z Direktivo 87/102 . . . . . I - 11965

5. Prenos sodne prakse v zvezi z Direktivo 93/13 in Direktivo 87/102 na obravnavano zadevo . . . . . I - 11965

6. Pravica ali dolžnost nacionalnega sodišča delovati *ex officio*? . . . . . I - 11973

C – Sklep . . . . . I - 11974

VII – Predlog . . . . . I - 11975

I – Uvod

1. Ta zadeva odpira vprašanje, ali lahko nacionalno sodišče deluje po uradni dolžnosti in ugotovi ničnost pogodbe, sklenjene zunaj poslovnih prostorov, ker potrošnik ni bil poučen o svoji pravici do odstopa od pogodbe, čeprav mu veljavno nacionalno pravo v tem primeru ne dovoljuje delovanja po uradni dolžnosti, temveč mora potrošnik, ki takega pouka ni prejel, sam zahtevati ugotovitev ničnosti pogodbe. Zadeva se nanaša na razlago določb Pogodbe ES o varstvu potrošnikov ter razlago člena 4, tretji odstavek, Direktive Sveta 85/577/EGS z dne 20. decembra 1985 za varstvo potrošnika v primeru pogodb, sklenjenih zunaj poslovnih prostorov [2] (v nadaljevanju: Direktiva 85/577), v skladu s katerim morajo države članice zagotoviti ustrezne ukrepe za varstvo potrošnikov, če ti niso bili poučeni o pravici do odstopa od pogodbe.

2. Pri pogodbi, sklenjeni zunaj poslovnih prostorov, je za varstvo potrošnika ključna ne le njegova pravica do odstopa od take pogodbe, temveč tudi to, da je o tej svoji pravici pravilno poučen ter da so zagotovljeni ustrezni in učinkoviti ukrepi, če mu ta pouk ni bil dan. Ko potrošnik tako pogodbo sklepa,

2 – UL L 372, 31.12.1985, str. 31.

velikokrat namreč ne more objektivno presoditi vseh posledic, ki jih bo zanj imela pogodba. Ker je potrošnik v pogodbi šibkejša stranka, bo v obravnavani zadevi treba presoditi, ali je za učinkovito varstvo njegovih pravic potrebno, da nacionalna sodišča v sporih v zvezi s takimi pogodbami na potrošnikove pravice pazijo po uradni dolžnosti.

(t) prispevek h krepitvi varstva potrošnikov;

[…]“

II – Pravni okvir

4. Člen 95 ES določa:

A – *Pravo Skupnosti*

„[…]

1. Pogodba ES

3. Člen 3 ES določa:

„1. Za namene iz člena 2 dejavnosti Skupnosti v skladu z določbami te pogodbe in v njej opredeljenim časovnim razporedom vključujejo:

[…]

3. Komisija ima v svojih predlogih iz odstavka 1, ki zadevajo zdravje, varnost, varstvo okolja in varstvo potrošnikov, za izhodišče visoko raven varstva, pri čemer zlasti upošteva nova dognanja na podlagi znanstvenih dejstev. V okviru svojih pristojnosti si tudi Evropski parlament in Svet prizadevata za doseganje tega cilja.

[…]“

5. Člen 153 ES določa:

„1. Zato da bi podprli interese potrošnikov in zagotovili visoko raven varstva potrošnikov, Skupnost prispeva k varovanju zdravja, varnosti in ekonomskih interesov potrošnikov, pa tudi k spodbujanju njihove pravice do obveščenosti, izobraževanja in samoorganiziranja za zaščito njihovih interesov.

2. Pri opredeljevanju in izvajanju drugih politik in dejavnosti Skupnosti se upoštevajo zahteve varstva potrošnikov.

3. Skupnost prispeva k doseganju ciljev iz odstavka 1 z:

(a) ukrepi, sprejetimi v skladu s členom 95 v okviru uresničevanja notranjega trga;

(b) ukrepi za podporo, dopolnitev in nadzor politike držav članic.

4. Svet v skladu s postopkom iz člena 251 in po posvetovanju z Ekonomsko-socialnim odborom sprejme ukrepe iz odstavka 3(b).

5. Ukrepi, sprejeti v skladu z odstavkom 4, državam članicam ne preprečujejo ohranjanja ali uvedbe strožjih zaščitnih ukrepov. Takšni ukrepi morajo biti združljivi s to pogodbo. O njih se uradno obvesti Komisija.“

2. Direktiva 85/577

6. Četrta, peta in šesta uvodna izjava Direktive 85/577 določajo:

„ker je posebna narava pogodb, sklenjenih zunaj poslovnih prostorov prodajalca, taka, da je praviloma prodajalec tisti, ki da pobudo za sklenitev pogodbe, na kar potrošnik ni pripravljen ali česar ne sprejme; ker potrošnik pogosto ne more primerjati kakovosti in cene ponudbe z drugimi ponudbami; ker ta

element presenečenja običajno obstaja ne samo pri pogodbah, ki se sklepajo od vrat do vrat, ampak tudi pri drugih oblikah pogodb, ki jih prodajalec sklene zunaj svojih poslovnih prostorov;

ker bi moral potrošnik imeti za pravico do preklica [3] pogodbe v najmanj sedmih dneh, da bi se mu tako omogočilo oceniti obveznosti, ki izhajajo iz pogodbe;

ker je treba sprejeti ustrezne ukrepe za zagotovitev, da se potrošnika pisno obvesti o tem roku za premislek.“

3 – V zvezi s pojmoma „preklic“ in „odstop“ naj navedem, da Direktiva 85/577 uporablja dva izraza, in sicer v členu 4, prvi odstavek, govori o potrošnikovi „pravici do preklica“ *(„droit de résiliation/résilier“, „Widerrufsrecht“, „right of cancellation“, „derecho de rescisión/a rescindir“)*, v členu 5(1) pa določa, da ima potrošnik „pravico, da odstopi od pogodbe“ *(„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“)*. Glede nemške različice Direktive 85/577 naj navedem, da v četrti uvodni izjavi uporablja isti izraz kot v členu 5(1) („das Recht, […] zurückzutreten“). Primerjalnopravna analiza institutov „preklica“ in „odstopa“ bi presegala obseg analize v teh sklepnih predlogih, saj so njune pravne posledice določene v pravu držav članic; navedem naj le, da v sklepnih predlogih ne uporabljam obeh izrazov, temveč le izraz „odstop od pogodbe“.

7. Člen 1(1) Direktive 85/577 določa:

„Ta direktiva se uporablja za pogodbe, ki se med trgovcem, ki dobavi blago ali opravi storitve, in potrošnikom sklenejo:

[…]

– med obiskom trgovca

(i) na potrošnikovem domu ali na domu drugega potrošnika;

[…]

če se obisk ne opravi na izrecno potrošnikovo željo.“

8. Člen 4 Direktive 85/577 določa:

„V primeru poslov v smislu člena 1 se od trgovcev zahteva, da potrošnike pisno poučijo o njihovi pravici do preklica v roku iz člena 5, skupaj z imenom in naslovom osebe, zoper katero se pravica lahko uveljavlja.

Takšen pouk mora imeti datum in podatke, ki omogočajo identifikacijo pogodbe. Potrošniku se ga izroči:

(a) v primeru člena 1(1), ob sklenitvi pogodbe;

(b) v primeru člena 1(2), najpozneje ob sklenitvi pogodbe;

(c) v primeru člena 1(3) in 1(4), ko potrošnik da ponudbo.

Države članice zagotovijo, da njihova nacionalna zakonodaja določa ustrezne ukrepe za varstvo potrošnikov v primerih, ko pouk iz tega člena ni bil dan.“

9. Člen 5 Direktive 85/577 določa:

„1. Potrošnik ima pravico, da odstopi od pogodbe, tako da v roku, ki ni [krajši] [4] od sedmih dni po prejemu pouka iz člena 4, pošlje pisno obvestilo po postopku, določenem v nacionalnem pravu. Zadostuje, če je pisno obvestilo odposlano pred iztekom tega roka.

2. Posledica obvestila je, da je potrošnik prost vseh obveznosti iz pogodbe, od katere je odstopil.“

B – *Listina Unije o temeljnih pravicah*

10. Člen 38 Listine Unije o temeljnih pravicah [5] (v nadaljevanju: Listina) z naslovom „Varstvo potrošnikov“ določa:

4 – Opomba, ki se nanaša samo na slovensko besedilo sklepnih predlogov: člen 5(1) slovenske različice Direktive 85/577 določa, da lahko potrošnik odstopi od pogodbe „v roku, ki ni *daljši* od sedmih dni“ (poudarek dodan), vendar je iz drugih jezikovnih različic direktive jasno razvidno, da gre za rok, ki ni *krajši* od sedmih dni. Glej na primer francosko *(„délai d'au moins sept jours“)*, angleško *(„a period of not less than seven days“)* in nemško *(„innerhalb von mindestens sieben Tagen“)* različico te direktive.

5 – Listina je bila prvič slovesno razglašena 7. decembra 2000 v Nici (UL C 364, 18.12.2000, str. 1), kasneje pa še enkrat 12. decembra 2007 v Strasbourgu (UL C 303, 14.12.2007, str. 1).

„Politike Unije zagotavljajo visoko raven varstva potrošnikov.“

C – *Nacionalno pravo*

11. V Španiji je bila Direktiva 85/577 v nacionalno pravo prenesena z zakonom 26/1991 z dne 21. novembra 1991 o pogodbah, sklenjenih zunaj poslovnih prostorov [6] (v nadaljevanju: zakon 26/1991).

12. Člen 3 zakona 26/1991 določa:

„1. Pogodba ali ponudba za sklenitev pogodbe, urejeni v členu 1, morata biti sestavljeni pisno v dveh izvodih, skupaj z dokumentom o preklicu [7] in nanju mora potrošnik lastnoročno zapisati datum ter se podpisati.

2. Pogodbena listina mora vsebovati, s krepko pisavo, neposredno nad prostorom za podpis potrošnika, jasno in natančno navedbo pravice potrošnika, da prekliče soglasje, kakor tudi navedbo pogojev in posledic izvajanja te pravice.

3. Dokument o preklicu mora vsebovati, na jasno razviden način, navedbo ‚dokument o preklicu‘ ter vsebovati ime in naslov osebe, ki ji mora biti poslan, kakor tudi elemente, ki omogočajo identifikacijo pogodbe in pogodbenih strank.

4. Po podpisu pogodbe podjetnik ali oseba, ki deluje za njegov račun, potrošniku vrne enega od dveh izvodov pogodbe ter dokument o preklicu.

5. Podjetnik mora dokazati, da so bile obveznosti iz tega člena izpolnjene.“

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

7 – Zakon 26/1991 uporablja izraz „revocación“.

13. Člen 4 zakona 26/1991 ureja posledice nespoštovanja pogojev iz člena 3 in določa:

„Če je bila pogodba sklenjena ali ponudba dana ob kršitvi zahtev iz prejšnjega člena, lahko potrošnik zahteva ugotovitev njene ničnosti.

Podjetnik se ne more v nobenem primeru sklicevati na ničnost, razen če je za neizpolnjevanje odgovoren samo potrošnik.“

14. Člen 9 zakona 26/1991 določa:

„Potrošnik se ne more odpovedati pravicam iz tega zakona. Vendar pa pogodbene določbe, ki so ugodnejše za potrošnika, štejejo za veljavne.“

III – Dejansko stanje, postopek v glavni stvari in vprašanje za predhodno odločanje

15. Eva Martín Martín je 20. maja 2003 na svojem domu sklenila pogodbo s predstavnikom podjetja EDP Editores S.L. (v nadaljevanju: EDP), katere predmet je bil nakup 15 knjig, 5 DVD plošč in DVD predvajalnika. [8] Ti proizvodi so ji bili dobavljeni 2. junija 2003. Kupnina je znašala 1 909 EUR, od česar je Eva Martín Martín plačala 47,48 EUR, preostanka kupnine v višini 1 861,52 EUR pa ni plačala.

16. Ker EDP ni prejel plačila dobavljenega blaga, je pri Juzgado de Primera Instancia numero Uno de Salamanca zahteval, naj ta izda plačilni nalog proti Evi Martín Martín, s katerim je zahteval plačilo preostalega zneska kupnine v višini 1 861,52 EUR in zakonskih zamudnih obresti. Proti sodbi z dne 14. junija 2007, s katero je bila obsojena na plačilo zahtevane vsote, je Eva Martín Martín vložila pritožbo pri Audiencia Provincial de Salamanca (v nadaljevanju: predložitveno sodišče).

17. V predložitvenem sklepu predložitveno sodišče meni, da bi lahko bila sporna pogodba

8 – Pojasnim naj, da je v pogodbi kot kupec naveden zunajzakonski partner Eve Martín Martín, Juan Caballo Bueno, vendar jo je podpisala Eva Martín Martín. V celotnem postopku pred španskimi sodišči so ta za edino pogodbeno stranko štela Evo Martín Martín.

nična, ker potrošnik ni bil obveščen o svoji pravici do odstopa v roku 7 dni od dobave blaga ter o pogojih in posledicah uresničevanja te pravice. Predložitveno sodišče poudarja tudi, da potrošnik niti v postopku pred prvostopenjskim sodiščem niti v pritožbenem postopku ni zahteval ugotovitve ničnosti pogodbe.

18. Predložitveno sodišče v zvezi s tem navaja, da mora na podlagi španskega prava – natančneje, na podlagi člena 4 zakona 26/1991 – potrošnik zahtevati ugotovitev ničnosti pogodbe, pri kateri ob sklenitvi ni bila spoštovana zahteva, da mora biti poučen o svoji pravici do odstopa. Poleg tega na podlagi španskega prava v civilnih postopkih velja načelo dispozitivnosti *(„principio de rogación“),* zaradi katerega sodnik ne more po uradni dolžnosti presojati dejstev, dokazov in zahtevkov, na katere se stranke niso sklicevale. Zato se predložitveno sodišče sprašuje, ali mora pri odločanju v obravnavani zadevi upoštevati samo zahtevke, na katere so se stranke v pritožbenem postopku sklicevale, ali pa mu Direktiva 85/577 dovoljuje, da ničnost pogodbe ugotovi po uradni dolžnosti.

19. V teh okoliščinah je predložitveno sodišče s sklepom z dne 20. maja 2008 prekinilo odločanje in Sodišču v predhodno odločanje predložilo to vprašanje:

„Ali se mora člen 153 Pogodbe o ustanovitvi Evropskih skupnosti v povezavi z njenima členoma 3 in 95, členom 38 Listine o temeljnih pravicah Evropske unije in Direktivo Sveta 85/577/EGS z dne 20. decembra 1985 za varstvo potrošnika v primeru pogodb, sklenjenih zunaj poslovnih prostorov, natančneje, njenim členom 4, razlagati tako, da dopušča sodišču, pri katerem je bila vložena pritožba zoper sodbo, izdano na prvi stopnji, da po uradni dolžnosti ugotavlja ničnost pogodbe, za katero velja navedena direktiva, če toženi potrošnik ničnosti ni zahteval v ugovoru zoper postopek za izdajo plačilnega naloga, na obravnavi ali v pritožbenem postopku?“

IV – Postopek pred Sodiščem

20. Predložitveni sklep je na Sodišče prispel 26. maja 2008. V pisnem postopku so stališča predložili EDP, španska in avstrijska vlada ter Komisija. Na obravnavi 12. marca 2009 so EDP, španska vlada, češka vlada – ki ni predložila pisnih stališč – ter Komisija podali

ustne navedbe in odgovorili na vprašanja Sodišča.

V – Trditve strank

21. *EDP* meni, da se člena 4 Direktive 85/577 ne sme razlagati tako, da nacionalnemu sodišču dopušča, da po uradni dolžnosti ugotovi ničnost pogodbe, sklenjene s potrošnikom zunaj poslovnih prostorov, če se potrošnik ni skliceval na ničnost.

22. EDP v argumentaciji poudarja, da morajo na podlagi člena 4 Direktive 85/577 države članice v svoji nacionalni zakonodaji zagotoviti ustrezne ukrepe za varstvo potrošnikov in da noben člen te direktive ne določa, da lahko sodišče ugotavlja ničnost po uradni dolžnosti, če se potrošnik na ničnost ni skliceval. Zato po njegovem mnenju relevantna španska zakonodaja [9], ki določa, da mora potrošnik zahtevati ugotovitev ničnosti pogodbe, ni v nasprotju s členom 4 Direktive 85/577, temveč strogo varuje pravice potrošnikov. Po mnenju EDP je treba pri tem upoštevati še, ali neka nacionalna določba praktično ne omogoča ali močno oteži uresničevanje pravic, ki jih daje pravni red Skupnosti. [10]

23. EDP poleg tega pojasnjuje, da špansko pravo razlikuje med relativno in absolutno ničnostjo. Poudarja, da gre pri morebitni ničnosti pogodb, sklenjenih zunaj poslovnih prostorov, za relativno ničnost, katere ugotovitev mora stranka vedno zahtevati. Če gre za absolutno ničnost, na podlagi španskega prava tožba na ugotovitev ničnosti ne zastara in jo lahko vložijo tudi tretje osebe, poleg tega pa lahko to ničnost ugotavljajo tudi sodišča po uradni dolžnosti.

24. *Španska vlada* meni, da se člena 4 Direktive 85/577 ne sme nujno razlagati tako, da nacionalnemu sodišču dopušča, da po uradni dolžnosti ugotovi ničnost pogodbe, sklenjene zunaj poslovnih prostorov, če se potrošnik na ničnost pogodbe ni skliceval v nobeni fazi postopka.

25. Španska vlada meni, da je raven varstva potrošnikov, ki jo potrošnikom daje zakon

9 – EDP meni, da je v obravnavani zadevi relevanten kraljevi dekret z dne 16. novembra 2007 (Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre), ki je razveljavil zakon 26/1991. Vendar pa je, kot pojasnjuje španska vlada (glej opombo 11 teh sklepnih predlogov), v obravnavani zadevi relevanten zakon 26/1991, ki je veljal ob nastanku dejstev.

10 – Pri tem se EDP sklicuje na sodbo z dne 14. decembra 1995 v zadevi Peterbroeck (C-312/93, Recueil, str. I-4599, točka 14).

26/1991, popolnoma v skladu z zahtevami Pogodbe ES ter Direktive 85/577, zato po njenem mnenju ta zakon v španski pravni red popolnoma in pravilno prenaša določbe Direktive 85/577.[11] Člen 4 zakona 26/1991 daje potrošnikom primerno varstvo z določilom, da lahko potrošnik zahteva ugotovitev ničnosti pogodbe, če ni bil obveščen o svoji pravici do odstopa. Navaja, da je mogoče dolžnost držav članic iz člena 4 Direktive 85/577 – na podlagi katere morajo zagotoviti, da njihova nacionalna zakonodaja določa ustrezne ukrepe za varstvo potrošnikov – izpolniti na več načinov; eden od njih je dati potrošniku možnost, da zahteva ugotovitev ničnosti. Izbira, kako bo zagotovljeno to varstvo potrošnikov, je po mnenju španske vlade prepuščena notranjemu redu vsake države članice.

26. Španska vlada navaja, da je iz sodne prakse Sodišča v zvezi z Direktivo Sveta 93/13/EGS z dne 5. aprila 1993 o nedovoljenih pogojih v potrošniških pogodbah[12] (v nadaljevanju: Direktiva 93/13) razvidno, da mora imeti sodnik možnost, da po uradni dolžnosti ugotovi ničnost nedovoljenih pogojev v potrošniških pogodbah, če gre za varovanje javnega reda. V zvezi s tem se sklicuje na zadeve Océano Grupo,[13] Cofidis[14] in Mostaza Claro[15]. Čeprav v obravnavani zadevi ni relevantna Direktiva 93/13, temveč Direktiva 85/577, je po mnenju španske vlade to sodno prakso treba upoštevati tudi pri presoji zadev na podlagi Direktive 85/577. Vendar pa je treba po njenem mnenju presoditi, ali gre v obravnavani zadevi za vprašanje javnega reda.

27. *Avstrijska vlada* meni, da je treba člen 4 Direktive 85/577 razlagati tako, da od držav članic ne zahteva, da morajo njena sodišča po uradni dolžnosti ugotoviti ničnost pogodbe, sklenjene zunaj poslovnih prostorov, ne da bi se potrošnik v postopku pred nacionalnim sodiščem skliceval na ničnost.

28. Avstrijska vlada navaja, da iz člena 4 Direktive 85/577 ni mogoče razbrati, da je pogodba nična že zaradi tega, ker podjetnik potrošnika ni obvestil o njegovi pravici do odstopa. V nasprotju s to direktivo je v Direktivi 93/13 v členu 6(1) izrecno določeno, da „države članice določijo, da nedovoljeni pogoji

11 – Španska vlada navaja tudi, da je bil v španskem pravu zakon 26/1991 nadomeščen s kraljevim dekretom 1/2007 z dne 16. novembra 2007 (Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre), vendar pa je ob nastanku dejstev še veljal zakon 26/1991.

12 – UL L 95, 21.4.1993, str. 29.

13 – Sodba z dne 27. junija 2000 v združenih zadevah Océano Grupo in Salvat Editores (C-240/98 do C-244/98, Recueil, str. I-4941).

14 – Sodba z dne 21. novembra 2002 v zadevi Cofidis (C-473/00, Recueil, str. I-10875).

15 – Sodba z dne 26. oktobra 2006 v zadevi Mostaza Claro (C-168/05, Recueil, str. I-10421).

[…] niso zavezujoči za potrošnika […]“. Drugače pa člen 4 Direktive 85/577 določa le, da „države članice zagotovijo, da njihova nacionalna zakonodaja določa ustrezne ukrepe za varstvo potrošnikov“. Avstrijska vlada navaja, da če ni predpisov Skupnosti, v skladu z ustaljeno sodno prakso notranji pravni red vsake države članice določi postopkovna pravila za pravna sredstva, ki zagotavljajo varovanje pravic, ki jih posameznikom daje pravo Skupnosti. [16]

29. Avstrijska vlada poudarja tudi, da lahko države članice – če potrošnik ni bil poučen o pravici do odstopa – predvidijo tudi druge ustrezne ukrepe in kot primer navaja, da lahko potrošnik časovno neomejeno odstopi od pogodbe [17]; drug mogoč ukrep bi lahko bila dolžnost sodišč, da potrošnika obvestijo o njegovi pravici do odstopa. Ugotovitev ničnosti po uradni dolžnosti je zato le ena od možnosti, ki jo imajo države članice za varstvo potrošnikov v smislu člena 4 Direktive 85/577.

30. Zato avstrijska vlada meni, da člen 4 Direktive 85/577 od držav članic ne zahteva, da morajo njena sodišča po uradni dolžnosti ugotavljati ničnost pogodbe, če potrošnik ni bil poučen o pravici do odstopa.

31. *Komisija*, nasprotno, meni, da je treba Direktivo 85/577 razlagati tako, da mora nacionalno sodišče – če je bila pogodba sklenjena ob nespoštovanju obveznosti potrošnika poučiti o njegovi pravici do odstopa od pogodbe – po uradni dolžnosti ugotavljati to kršitev in ugotoviti ničnost pogodbe, čeprav potrošnik ničnosti pogodbe ni uveljavljal. Po mnenju Komisije možnost, da potrošnik zahteva ugotovitev ničnosti pogodbe, če ni bil poučen o svoji pravici do odstopa od pogodbe, ni ustrezen ukrep za varstvo potrošnika v smislu člena 4 Direktive 85/577. Navaja, da obstaja tveganje, da potrošnik ne pozna svojih pravic in jih zato tudi ne uveljavlja.

32. Komisija poudarja, da na podlagi ustaljene sodne prakse Sodišča velja, da so, kadar na nekem področju ni predpisov Skupnosti, natančna postopkovna pravila za varstvo pravic, ki jih imajo osebe na podlagi prava Skupnosti, določena v notranjem pravnem

16 – V zvezi s tem se avstrijska vlada sklicuje na sodbi z dne 16. decembra 1976 v zadevi Rewe (33/76, Recueil, str. 1989, točka 5) in z dne 13. marca 2007 v zadevi Unibet (C-432/05, ZOdl., str. I-2271, točka 39).

17 – Avstrijska vlada se v zvezi s tem sklicuje na sodbo z dne 13. decembra 2001 v zadevi Heininger (C-481/99, Recueil, str. I-9945).

sistemu vsake države članice v skladu z načelom procesne avtonomije držav članic, vendar le, če ta pravila niso manj ugodna kot tista, ki urejajo podobne notranje položaje (načelo enakovrednosti), in če praktično ne onemogočajo ali čezmerno otežujejo izvajanja pravic, ki jih nudi pravni red Skupnosti (načelo učinkovitosti). [18] Komisija meni tudi, da lahko nacionalna sodišča po uradni dolžnosti delujejo le v izjemnih primerih v interesu javnosti. [19]

33. Vendar pa Komisija navaja, da je Sodišče v sodni praksi v zvezi z Direktivo 93/13 že odločilo, da lahko nacionalno sodišče po uradni dolžnosti presoja, ali gre za nedovoljene pogoje v potrošniških pogodbah. [20] Poleg tega je Sodišče tudi glede Direktive Sveta 87/102/EGS z dne 22. decembra 1986 o približevanju zakonov in drugih predpisov držav članic v zvezi s potrošniškimi krediti [21] (v nadaljevanju: Direktiva 87/102) odločilo, da ima nacionalno sodišče možnost po uradni dolžnosti paziti na to, da lahko potrošnik proti kreditodajalcu uveljavlja nekatere pravice. [22] Komisija meni, da je mogoče to sodno prakso po analogiji prenesti tudi na razlago Direktive 85/577.

34. Komisija je na obravnavi dodala, da drugi ukrepi – na primer upravne kazni, možnost časovno neomejenega odstopa od pogodbe ali dolžnost sodišč, da potrošnika obvestijo o njegovi pravici do odstopa – niso ustrezni za varstvo potrošnika. Upravne kazni sicer lahko imajo odvračilni učinek, vendar niso namenjene varstvu posameznega potrošnika; možnost časovno neomejenega odstopa ni ustrezen ukrep, ker obstaja tveganje, da potrošnik te svoje pravice ne bo poznal; dolžnost sodišč, da potrošnika obvestijo o njegovi pravici do odstopa, pa je odvisna od tega, ali nacionalno procesno pravo tako možnost dopušča. Nazadnje Komisija navaja, da mora imeti potrošnik, glede na to, da bo hotel v nekaterih primerih pogodbo ohraniti v veljavi, možnost, da nasprotuje ugotovitvi ničnosti in da ga v takih primerih pogodba še naprej zavezuje.

18 – Komisija se pri tem sklicuje na sodbe z dne 14. decembra 1995 v združenih zadevah van Schijndel in van Veen (C-430/93 in C-431/93, Recueil, str. I-4705, točka 17); z dne 9. decembra 2003 v zadevi Komisija proti Italiji (C-129/00, Recueil, str. I-14637, točka 25); z dne 7. junija 2006 v združenih zadevah van der Weerd in drugi (C-222/05 do C-225/05, ZOdl., str. I-4233, točka 28) in z dne 26. oktobra 2006 v zadevi Mostaza Claro (C-168/05, ZOdl., str. I-1421, točka 24).

19 – Komisija se v zvezi s tem sklicuje na v opombi 18 navedeni sodbi van Schijndel (točka 21) in van der Weerd (točka 35).

20 – Komisija v zvezi s tem navaja sodbo Océano Grupo (navedena v opombi 13, točka 28), sodbo Cofidis (navedena v opombi 14, točka 32) in sodbo Mostaza Claro (navedena v opombi 15, točka 27).

21 – UL L 42, 12.2.1987, str. 48. Navedem naj, da je bila ta direktiva razveljavljena z Direktivo 2008/48/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 23. aprila 2008 o potrošniških kreditnih pogodbah in razveljavitvi Direktive Sveta 87/102/EGS (UL L 133, 22.5.2008, str. 66).

22 – Komisija v zvezi s tem navaja sodbo z dne 4. oktobra 2007 v zadevi Rampion (C-429/05, ZOdl., str. I-8017).

35. *Češka vlada,* ki ni predložila pisnih stališč, je na obravnavi navedla, da se ne strinja s stališčem Komisije in da se po njenem mnenju Direktive 85/577 ne sme razlagati tako, da lahko nacionalno sodišče po uradni dolžnosti ugotavlja ničnost pogodbe, sklenjene zunaj poslovnih prostorov, če potrošnik ni bil obveščen o svoji pravici do odstopa od te pogodbe.

36. V podporo svojemu stališču češka vlada navaja tri razloge. Kot prvi razlog navaja, da se z ugotovitvijo ničnosti po uradni dolžnosti poseže v potrošnikovo pravico, da se sam odloči o tem, ali bo pogodbo ohranil v veljavi ali ne; v skladu s členom 5 Direktive 85/577 ima namreč samo potrošnik pravico odstopiti od pogodbe. Tudi če potrošnik o svoji pravici do odstopa ni bil poučen, ta pravica ne ugasne, saj iz člena 5 Direktive 85/577 rok za odstop začne teči šele ob pouku potrošnika o tej pravici. Kot drugi razlog češka vlada navaja, da imajo države članice izključno pristojnost na področju civilnega procesnega prava; deljena pristojnost obstaja samo na področju pravosodnega sodelovanja v civilnih zadevah in le takrat, ko gre za zadeve s čezmejnim elementom. Po njenem mnenju je vprašljivo, ali je člen 94 ES (prej člen 100 ES), na podlagi katerega je bila sprejeta Direktiva 85/577, mogoče uporabiti za sprejetje ukrepov, ki posegajo v to izključno pristojnost držav članic. Pri presoji tega vprašanja je treba po njenem mnenju upoštevati načelo sorazmernosti. Kot tretji razlog češka vlada navaja, da sodne prakse v zvezi z drugimi direktivami s področja varstva potrošnikov, glede katerih je Sodišče že dopustilo delovanje nacionalnih sodišč po uradni dolžnosti, ni mogoče prenesti na obravnavano zadevo, saj gre v obravnavani zadevi za razlago Direktive 85/577, ki vsebuje drugačne določbe in drugačno sistematiko od direktiv, glede katerih je Sodišče dopustilo delovanje nacionalnih sodišč po uradni dolžnosti.

VI – Presoja generalne pravobranilke

A – *Uvod*

37. Obravnavana zadeva se nanaša na problematiko sklepanja pogodb zunaj poslovnih

prostorov in na vprašanje posledic, če potrošnik ni bil poučen o svoji pravici do odstopa od take pogodbe. Sodišče je v sodni praksi že večkrat obravnavalo problematiko posledic odsotnosti tega pouka,[23] vendar pa do sedaj še ni odločalo o tem, ali morajo pri tem tudi nacionalna sodišča igrati aktivno vlogo in ob nepouku potrošnika delovati po uradni dolžnosti. Pri odločanju v obravnavani zadevi bo moralo Sodišče zato še posebej natančno preučiti cilje Direktive 85/577 in formulacijo njenih posameznih določb.

38. Predložitveno sodišče z vprašanjem za predhodno odločanje v bistvu sprašuje, ali je treba člen 153 ES v povezavi s členoma 3 ES in 95 ES, členom 38 Listine ter določbami Direktive 85/577 – natančneje, njenim členom 4 – razlagati tako, da nacionalnemu sodišču dopušča, da če potrošnik ni bil poučen o svoji pravici do odstopa od pogodbe, po uradni dolžnosti ugotavlja ničnost pogodbe, sklenjene zunaj poslovnih prostorov, čeprav potrošnik ničnosti te pogodbe v postopku pred nacionalnimi sodišči ni uveljavljal.

23 – Glej sodbo Heininger (navedena v opombi 17); sodbo z dne 25. oktobra 2005 v zadevi Schulte (C-350/03, ZOdl., str. I-9215); sodbo z dne 25. oktobra 2005 v zadevi Crailsheimer Volksbank (C-229/04, ZOdl., str. I-09273) in sodbo z dne 10. aprila 2008 v zadevi Hamilton (C-412/06, ZOdl., str. I-2383).

B – *Presoja vprašanja za predhodno odločanje*

1. Uvodno glede vprašanja za predhodno odločanje

a) Določbe prava Skupnosti, katerih razlago zahteva predložitveno sodišče

39. Predložitveno sodišče v vprašanju za predhodno odločanje prosi za razlago več določb prava Skupnosti, in sicer člena 153 ES v povezavi s členoma 3 ES in 95 ES, členom 38 Listine ter določbami Direktive 85/577. Izmed teh določb bo za odločitev v obravnavani zadevi ključnega pomena razlaga določb Direktive 85/577, ki kot predpis sekundarnega prava konkretizira prizadevanja Skupnosti za varstvo potrošnikov, uzakonjena v primarnem pravu.

40. Člen 153 ES, ki je v pogodbi uvrščen pod naslov „Varstvo potrošnikov“, v prvem odstavku vsebuje splošno določbo, da Skupnost v podporo interesov potrošnikov in za zagotavljanje visoke ravni varstva potrošnikov prispeva k varovanju zdravja, varnosti in ekonomskih interesov potrošnikov, pa tudi k spodbujanju njihove pravice do obveščenosti, izobraževanja in samoorganiziranja za zaščito njihovih interesov; v drugem odstavku ta člen določa, da se pri opredeljevanju in

izvajanju drugih politik in dejavnosti Skupnosti upoštevajo zahteve varstva potrošnikov. V tretjem in četrtem odstavku člena 153 ES je določeno, katere ukrepe Skupnost sprejema za doseganje cilja varstva potrošnikov in na kateri pravni podlagi. Peti odstavek tega člena državam članicam omogoča uvedbo strožjih zaščitnih ukrepov za varstvo potrošnikov.

41. Člen 153 ES je torej splošna določba v primarnem pravu Skupnosti, ki se nanaša na varstvo potrošnikov. Še splošnejšo določbo, ki se nanaša na varstvo potrošnikov, vsebuje člen 3(1) ES, ki opredeljuje različna področja dejavnosti Skupnosti, med katere v skladu s točko (t) tega člena spada tudi prispevek h krepitvi varstva potrošnikov. Določbe Direktive 85/577 bo treba razlagati v luči teh splošnih določb Pogodbe ES.

42. Predložitveno sodišče v vprašanju za predhodno odločanje zahteva tudi razlago člena 95 ES in člena 38 Listine.

43. Na podlagi člena 95 ES se sprejemajo ukrepi, katerih predmet je vzpostavitev in delovanje notranjega trga. Iz predložitvene odločbe ni razvidno, zakaj predložitveno sodišče zahteva razlago tega člena, saj Direktiva 85/577 ni bila sprejeta na tej pravni podlagi, temveč na podlagi člena 94 ES (prej člen 100 ES). Zato po mojem mnenju razlaga člena 95 ES v obravnavani zadevi ni potrebna.

44. Člen 38 Listine določa, da politike Unije zagotavljajo visoko raven varstva potrošnikov. V zvezi z določbami Listine naj poudarim, da le-te niso del pravnega reda Skupnosti, zato Sodišče ni pristojno za njihovo razlago. [24] Res pa je, da se generalni pravobranilci v sklepnih predlogih nanje pogosto sklicujejo v argumentaciji [25] in da je tudi Sodišče v argumentaciji Listino že omenilo [26]. Zato se lahko v obravnavani zadevi določbe Listine uporabljajo kot pomoč pri razlagi določb Direktive 85/577, vendar pa se v odgovoru na vprašanje za predhodno odločanje nanje ne bo mogoče sklicevati.

24 – Glej v tem smislu sklep z dne 6. oktobra 2005 v zadevi Vajnai (C-328/04, ZOdl., str. I-8577, točka 13) in sklep z dne 16. januarja 2008 v zadevi Polier (C-361/07, točka 11).

25 – Glej na primer sklepne predloge generalnega pravobranilca Madura, predstavljene 9. septembra 2008, v zadevi Elgafaji (C-465/07, ZOdl., str. I-921, točki 21 in 23); moje sklepne predloge, predstavljene 11. septembra 2008, v zadevi Gorostiaga (C-308/07 P, ZOdl., str. I-1059, točke 56, 91 in 92); sklepne predloge generalnega pravobranilca Mengozzija, predstavljene 21. januarja 2009, v zadevi Mono Car Styling (C-12/08, še nerešena zadeva pred Sodiščem, točke 49, 83, 95 in 97); sklepne predloge generalne pravobranilke Kokott, predstavljene 22. januarja 2009, v zadevi Mellor (C-75/08, ZOdl., str. I-3799, točke 24, 25 in 33).

26 – Glej sodbo z dne 13. marca 2007 v zadevi Unibet (C-432/05, ZOdl., str. I-2271, točka 37).

45. Ključnega pomena za odgovor na vprašanje za predhodno odločanje bo razlaga določb Direktive 85/577. Predložitveno sodišče v vprašanju za predhodno odločanje sicer izrecno navaja le člen 4 te direktive, vendar mora Sodišče v skladu z ustaljeno sodno prakso predložitvenemu sodišču dati vse elemente razlage prava Skupnosti, ki jih to lahko uporabi pri razsojanju v predloženi zadevi, ne glede na to, ali se je v vprašanju nanje posebej sklicevalo. [27] Pri razlagi Direktive 85/577 bo treba poleg člena 4 upoštevati zlasti njen člen 5, ki se prav tako nanaša na pravico potrošnika, da odstopi od pogodbe.

b) Problemi, ki jih odpira vprašanje za predhodno odločanje

46. Preden začnem z analizo vprašanja za predhodno odločanje, bi želela opozoriti še na večplastnost pravnih problemov, ki jih odpira to vprašanje in jih je treba izpostaviti kot smernice za analizo tega vprašanja.

47. Prvič, iz navedb predložitvenega sodišča v predložitvenem sklepu je razvidno, da to sodišče izhaja iz domneve, da španska zakonodaja, na podlagi katere mora potrošnik ugotovitev ničnosti zahtevati, ni v skladu s pravom Skupnosti, zlasti ne z določbami Direktive 85/577 in določbami Pogodbe ES, ki se nanašajo na varstvo potrošnikov. Zato bo treba v analizi vprašanja za predhodno odločanje preveriti, ali je ta domneva predložitvenega sodišča pravilna oziroma, ali relevantno špansko pravo zagotavlja ustrezne ukrepe, če potrošnik ni bil poučen o pravici do odstopa od pogodbe.

48. Drugič, upoštevati moramo, da se vprašanje za predhodno odločanje nanaša na ugotavljanje ničnosti po uradni dolžnosti zato, ker je v španskem pravu kot posledica nepouka potrošniku predvidena relativna ničnost pogodbe; ker predložitveno sodišče meni, da relativna ničnost ni ustrezen ukrep za varstvo potrošnikov, hoče za zagotovitev tega varstva uporabiti absolutno ničnost. Predložitveno sodišče torej ne sprašuje, ali lahko po uradni dolžnosti uporabi določbe Direktive 85/577, temveč, ali lahko po uradni dolžnosti uporabi določbe španskega nacionalnega prava, s katerimi je bila ta direktiva prenesena v nacionalno pravo. Nobena določba Direktive 85/577 namreč ne določa, da je pogodba nična, če potrošnik ni bil poučen o svoji pravici do odstopa od pogodbe, sklenjene zunaj poslovnih prostorov. Direktiva 85/577 prav tako ne ureja nobenih drugih posledic, če potrošnik o tej pravici ni bil poučen, temveč v členu 4, tretji odstavek, določa le, da države članice zagotovijo, da njihova nacionalna zakonodaja določa *ustrezne ukrepe* za varstvo potrošnikov, če ta pouk ni bil dan. Države članice se torej same odločijo, kakšne posledice bodo

27 – Glej na primer sodbe z dne 12. decembra 1990 v zadevi SARPP (C-241/89, Recueil, str. I-4695, točka 8); z dne 4. marca 1999 v zadevi Consorzio per la tutela del formaggio Gorgonzola (C-87/97, Recueil, str. I-1301, točka 16); z dne 7. septembra 2004 v zadevi Trojani (C-456/02, ZOdl., str. I-7573, točka 38); z dne 12. maja 2005 v zadevi RAL (Channel Islands) in drugi (C-452/03, ZOdl., str. I-3947, točka 25) in z dne 22. decembra 2008 v zadevi Kabel Deutschland (C-336/07, ZOdl., str. I-10889, točka 47).

predvidele za primer, če potrošnik ni bil obveščen o svoji pravici do odstopa od pogodbe, direktiva zahteva le, da so ti ukrepi ustrezni za varstvo potrošnikov. [28] Zato bo moralo biti Sodišče pri odgovoru na vprašanje za predhodno odločanje pozorno na to, da s svojo odločitvijo od drugih držav članic ne bo zahtevalo, naj v svojih nacionalnih pravnih redih kot posledico nepouka potrošniku o njegovi pravici do odstopa od pogodbe predvidijo ničnost pogodbe.

49. V nadaljevanju sklepnih predlogov najprej analiziram, ali je relativna ničnost pogodbe na podlagi španskega prava ustrezen ukrep v smislu člena 4, tretji odstavek, Direktive 85/577; zatem predstavim splošno pravilo v pravu Skupnosti glede presoje po uradni dolžnosti; nato analiziram vsebino sodne prakse, v kateri je Sodišče priznalo izjemo od tega pravila, ter ali je to sodno prakso mogoče prenesti na obravnavani primer; nazadnje pa preučim še, ali ima predložitveno sodišče v obravnavanem primeru pravico ali dolžnost delovati po uradni dolžnosti.

28 – Tako tudi razprava Evropske komisije *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),* dostopna na http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/door_sell/doorstepselling_discussionpaper.pdf, str. 9. V literaturi primerjaj tudi Ehricke, U., L'extension au contrat d'acquisition du bien immobilier des effets juridiques de la révocation d'un contrat de crédit immobilier en application de la directive 85/577/CEE sur le démarchage à domicile. Réflexions sur les limites des principes d'interprétation conforme et d'effet utile des directives, v: *Revue Européenne de Droit Bancaire et Financier* (EUREDIA), št. 1/2004, str. 163, ki poudarja, da daje Direktiva 85/577 državam članicam široko diskrecijo pri prenosu njenih določb v nacionalno pravo.

2. Ali je relativna ničnost pogodbe ustrezen ukrep v smislu člena 4, tretji odstavek, Direktive 85/577?

50. Španska zakonodaja določa, da se lahko, če je bila pogodba sklenjena, ne da bi bil potrošnik obveščen o svoji pravici do odstopa od pogodbe, ugotovi ničnost take pogodbe na zahtevo potrošnika; v španskem pravu gre torej za institut relativne ničnosti.

51. Na tem mestu bi želela v zvezi z uporabo pojma „ničnost“ s teoretičnega in terminološkega vidika opozoriti na to, da Španija spada

med države članice, ki razlikujejo med „absolutno ničnostjo“ in „relativno ničnostjo“ (kot na primer tudi Belgija [29] in Francija [30]), drugače kot tiste države članice, ki razlikujejo med „ničnostjo“ in „izpodbojnostjo“ pogodb (na primer Avstrija [31], Nemčija [32], Nizozemska [33] in Slovenija [34]). Za absolutno ničnost gre na podlagi španskega prava na primer takrat, ko manjka eden od pogojev za sklenitev pogodbe ali ko so s pogodbo kršene kogentne norme ali moralna načela [35], za relativno ničnost pa na primer, če gre za napake volje ob sklenitvi pogodbe [36]. Na absolutno ničnost pazijo sodišča po uradni dolžnosti in se nanjo lahko sklicuje vsaka zainteresirana stranka, medtem ko mora relativno ničnost prizadeta stranka uveljavljati. [37] Razlikovanje med ničnostjo in izpodbojnostjo je terminološko sicer drugačno, vendar pojmovno primerljivo [38]; pri tem se lahko vsakdo sklicuje na ničnost in nanjo morajo sodišča paziti po uradni dolžnosti; če so podani razlogi za izpodbojnost, pa jih lahko uveljavlja le zainteresirana stranka. [39] Omenim naj še, da ničnost in izpodbojnost pogodb ureja tudi strokovni dokument *Draft Common Frame of Reference (DCFR)* [40] (osnutek skupnega referenčnega

29 – Glej na primer van Gerven, W., *Verbintenissenrecht*, 2. izdaja, Acco, Leuven 2006, str. 146 in naslednja, ki pojasnjuje, da belgijsko pravo razlikuje med absolutno in relativno ničnostjo.

30 – Glej na primer Flour, J., Aubert, J.-L., Savaux, É., *Les obligations. 1. Acte juridique*, 12. izdaja, Sirey, Pariz 2006, str. 259, točka 324.

31 – Na podlagi avstrijskega prava je izpodbojnost predvidena, če je bila pogodba sklenjena s prevaro ali grožnjo; glej Rummel, P., v Rummel, P., *Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch,* Manz, Dunaj 2000, komentar k členu 870, str. 1321, točka 1. Ničnost pa je v skladu s členom 879 Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch predvidena, če pogodba krši v zakonu določeno prepoved ali je v nasprotju z dobrimi običaji. Poudariti je treba, da v okviru ničnosti avstrijska teorija kljub temu še dodatno razlikuje med absolutno ničnostjo, na katero se lahko sklicuje vsakdo in na katero sodišča pazijo po uradni dolžnosti, in relativno ničnostjo, na katero se lahko sklicuje samo oseba, ki jo kršena norma varuje. V zvezi s tem glej Krejci, H., v Rummel, P., *Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch,* Manz, Dunaj 2000, komentar k členu 879, str. 1447, točke 247 do 249.

32 – Glej na primer Larenz, K., Wolf, M., *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs*, 9. izdaja, Beck, München 2004, str. 796, točka 4 in naslednje (glede ničnosti), ter str. 800, točka 21 in naslednje (glede izpodbojnosti).

33 – Glej na primer Hijma, J., *Bijzondere overeenkomsten*, 1. del, 7. izdaja, Kluwer, Deventer 2007, str. 224, točka 218; Hartkamp, A. S., *Verbintenissenrecht*, 2. del, 12. izdaja, Kluwer, Deventer 2005, str. 484, točka 459.

34 – Glej na primer Polajnar Pavčnik, A., v: Juhart, M., Plavšak, N. (ur.), *Obligacijski zakonik s komentarjem*, 1. knjiga, GV založba, Ljubljana 2003, komentar k členu 86, str. 506 in naslednje (glede ničnosti), ter komentar k členu 94, str. 524 in naslednje (glede izpodbojnosti).

35 – Glej Moreno Gil, Ó., *Código civil y jurisprudencia concordada,* Boletín oficial del estado, Madrid 2006, str. 1430, komentar k členu 1.300, točki 4.399 in 4.407. Primerjaj, glede francoskega prava, na primer Flour, J. *et al., op. cit.* (opomba 30), str. 259, točka 325; glede belgijskega prava primerjaj na primer Cornelis, L., *Algemene theorie van de verbintenis*, Intersentia, Antwerpen/Groningen 2000, str. 676, točka 539.

36 – Glej Moreno Gil, Ó., *op. cit.* (opomba 35), str. 1430, komentar k členu 1.300, točka 4.399. Primerjaj, glede francoskega prava, Flour, J. *et al., op. cit.* (opomba 30), str. 260, točka 325, in str. 262, točka 328; glede belgijskega prava van Gerven, W., *Verbintenissenrecht*, 2. izdaja, Acco, Leuven 2006, str. 147.

37 – Glej Moreno Gil, Ó., *op. cit.* (opomba 35), str. 1430, komentar k členu 1.300, točki 4.399 in 4.407. Primerjaj, glede francoskega prava, Flour, J. *et al., op. cit.* (opomba 30), str. 260, točka 326; glede belgijskega prava glej na primer van Gerven, W., *Verbintenissenrecht*, 2. izdaja, Acco, Leuven 2006, str. 147.

38 – Glej, glede nemškega prava, na primer Larenz, K., Wolf, M., *op. cit.* (opomba 32), str. 796, točka 2, kjer sta kot primera razlogov za ničnost navedena nespoštovanje predpisane oblike ter nasprotovanje zakonsko določeni prepovedi ali dobrim običajem, kot primera razlogov za izpodbojnost pa zmota in zvijačna prevara. Primerjaj, glede nizozemskega prava, Hartkamp, A. S., *op. cit.* (opomba 33), str. 484 in nasl., točki 459 in 460; glede slovenskega prava Polajnar Pavčnik, A., *op.cit.* (opomba 34); glede ničnosti komentar k členu 86 (str. 506 in nasl.), glede izpodbojnosti komentar k členu 524 in nasl.

39 – Glede nemškega prava glej na primer Larenz, K., *op. cit.* (opomba 32), str. 797, točka 5; glede nizozemskega prava Hartkamp, A. S., *op. cit.* (opomba 33), str. 485; glede ugotavljanja ničnosti po uradni dolžnosti glej točko 459, glede uveljavljanja izpodbojnosti glej točko 460; glede slovenskega prava Polajnar Pavčnik, A., *op. cit.* (opomba 34); glede ugotavljanja ničnosti po uradni dolžnosti glej komentar k členu 92 (str. 50 in nasl.); glede uveljavljanja izpodbojnosti glej komentar k členu 95 (str. 527 in nasl.).

40 – Von Bar, C. et al. (ur.), *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.

okvira). Ta dokument v členu II.-7:301 določa, da je pogodba nična, če (a) krši načelo, ki je priznano kot temeljno v pravu držav članic ali Evropske unije in (b) se za uveljavitev tega načela zahteva ničnost. [41] Izpodbojnost pogodb pa DCFR določa na primer, če gre za zmoto [42], prevaro [43] ali grožnjo [44] pri sklenitvi pogodbe.

52. Za ugotovitev, ali španska ureditev, ki predvideva relativno ničnost pogodbe, če potrošnik ni bil poučen o pravici do odstopa od pogodbe, pomeni ustrezen ukrep v smislu člena 4, tretji odstavek, Direktive 85/577, moramo najprej izpostaviti posebne značilnosti pogodb, sklenjenih zunaj poslovnih prostorov in pomen potrošnikove pravice do odstopa od takih pogodb.

53. Kakor je razvidno iz četrte uvodne izjave Direktive 85/577, da praviloma pobudo za sklenitev take pogodbe prodajalec, s čimer je potrošnik postavljen v položaj z elementom presenečenja, saj na sklenitev pogodbe ni pripravljen. [45] Zato mora biti potrošniku zagotovljeno posebno varstvo, saj ne more primerjati kakovosti in cene ponudbe z drugimi ponudbami. [46]

54. Zaradi posebnih značilnosti pogodb, sklenjenih zunaj poslovnih prostorov, mora imeti potrošnik po sklenitvi pogodbe čas za premislek, *spatium deliberandi* [47] , v katerem oceni obveznosti, ki izhajajo iz pogodbe, in možnost, da v skladu s členom 5(1) Direktive 85/577

41 – Besedilo izvirnika člena II.-7:301 (Contracts infringing fundamental principles) se glasi: „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 – Glej na primer odstavek 1 člena II.-7:201 (Mistake), katerega izvirnik se glasi: „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 – Glej na primer odstavek 1 člena II.-7:205 (Fraud), katerega izvirnik se glasi: „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 – Glej na primer odstavek 1 člena II.-7:206 (Coercion or threats), katerega izvirnik se glasi: „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 – Sodišče je na primer v sodbi z dne 25. oktobra 2005 v zadevi Crailsheimer Volksbank (C-229/04, ZOdl., str. I-9273, točka 43) poudarilo, da je cilj Direktive 85/577 varovati potrošnika pred elementom presenečenja, ki je neločljivo povezan s prodajo od vrat do vrat. Element presenečenja poudarja npr. tudi 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, str. 162.

46 – Glej npr. Martín Briceño, *op. cit.* (opomba 45), str. 162; Habersack, M., The Doorstep Selling Directive and Mortgage Loan Contracts, v: *European Business Law Review*, št. 6/2000, str. 394.

47 – Ta izraz za čas za premislek uporablja Manes, P., Il diritto di pentimento nei contratti dei consumatori dalla legislazione francese alla normativa italiana in attuazione della direttiva 85/577, v: *Contratto e impresa. Europa*, št. 2/1996, str. 696.

v roku najmanj sedmih dni od pogodbe odstopi. [48] Če se potrošnik odloči, da bo od pogodbe odstopil, je v skladu s členom 5(2) te direktive prost vseh obveznosti iz pogodbe, od katere je odstopil. Ta pravica potrošnika je tako pomembna, da se ji potrošnik ne more odreči. [49]

55. Da bi se potrošniku zagotovila možnost uresničevanja te pomembne pravice, je bistveno, da je o njej ustrezno in pisno poučen. Prodajalec lahko namreč okoliščino, da lahko potrošnika – morda zaradi trenutnega navdušenja ali zato, ker ta ponudbe ne more primerjati z drugimi ponudbami – prepriča v sklenitev pogodbe, izrabi v svojo korist in ga ne pouči o njegovi pravici do odstopa od pogodbe. Potrošnik bo kasneje, ko se bo „ohladil“ [50], svojo odločitev morda obžaloval, vendar bo – če ne bo vedel, da ima možnost odstopiti od pogodbe – sprejel dejstvo, da ga pogodba zavezuje.

56. Zato za varstvo potrošnika pri pogodbah, sklenjenih zunaj poslovnih prostorov, ni pomembno le, da potrošnik *ima* pravico do odstopa od pogodbe, temveč tudi, da se svojih pravic *zaveda* in je o njih poučen. [51] Kakor je Sodišče poudarilo že v zadevi Heininger, potrošnik ne bo mogel izvajati svoje pravice do odstopa od pogodbe, če se ne zaveda, da jo ima. [52] Če mu pouk o pravici do odstopa ni bil dan, posledično ne bo mogel izvajati vseh s tem povezanih pravic, na primer zahtevati ugotovitev ničnosti pogodbe, sklenjene brez tega pouka, razen če se zagotovi, da je učinkovito obveščen o teh (s pravico do odstopa povezanih) pravicah.

57. Zato po mojem mnenju španska zakonodaja, ki določa, da lahko potrošnik zahteva ugotovitev ničnosti pogodbe, sklenjene izven

48 – V literaturi glej na primer Habersack, *op. cit.* (opomba 46), str. 394. Mankowski, P., Die gemeinschaftsrechtliche Kontrolle von Erlöschenstatbeständen für verbraucherschützende Widerrufsrechte, v: *Juristenzeitung*, št. 23/2008, str. 1143, poudarja, da je pravica do odstopa pravzaprav edini instrument za varstvo potrošnika v Direktivi 85/577 in da kakršna koli omejitev te pravice nujno vodi do zmanjšanja tega varstva.

49 – Glej člen 6 Direktive 85/577, v skladu s katerim se potrošnik ne more odreči pravicam, ki so mu priznane s to direktivo.

50 – Obdobje za razmislek po sklenitvi pogodbe se pogosto imenuje *„cooling off period“* (dobesedno: „obdobje ohladitve“). Glej na primer Zeleno knjigo o pregledu pravnega reda Skupnosti o varstvu potrošnikov (predložila Evropska Komisija), COM(2006) 744 konč., str. 10 angleške različice; razpravo Evropske komisije *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),* dostopno na http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/door_sell/doorstepselling_discussionpaper.pdf, str. 10.

51 – Dodam naj, da s tem Direktiva 85/577 prodajalcu nalaga posebno odgovornost, saj je izvajanje potrošnikovih pravic odvisno od prodajalčevega pouka. V zvezi s tem glej sklepne predloge generalnega pravobranilca Légerja, predstavljene 12. julija 2001, v zadevi Heininger (C-481/99, Recueil, str. I-9945, točka 60).

52 – Glej sodbo Heininger (navedena v opombi 17, točka 45). Glej tudi sodbo Hamilton (navedena v opombi 23, točka 33) ter sklepne predloge generalnega pravobranilca Légerja, predstavljene 12. julija 2001, v zadevi Heininger (C-481/99, Recueil, str. I-945, točka 60). V literaturi glej na primer Rudisch, B., Das „Heininger“-Urteil des EuGH vom 13. 12. 2001, Rs C-481/99: Meilenstein oder Stolperstein für den Verbraucherschutz bei Realkrediten?, v: Eccher, B., Nemeth, K., Tangl, A. (ur.), *Verbraucherschutz in Europa. Festgabe für em. o. Univ.-Prof. Dr. Heinrich Mayrhofer*, Verlag Österreich, Dunaj 2002, str. 202.

poslovnih prostorov, če ni bil poučen o pravici do odstopa od pogodbe, ni ustrezen ukrep v smislu člena 4, tretji odstavek, Direktive 85/577, razen, če se zagotovi, da je potrošnik učinkovito obveščen o svojih pravicah, ki mu jih v tem primeru daje nacionalno pravo.

58. V nadaljevanju je zato treba preučiti, ali naj nacionalno sodišče deluje po uradni dolžnosti, če potrošnik ni bil poučen o svoji pravici do odstopa od pogodbe.

3. Splošno pravilo: v pravu Skupnosti ni splošne dolžnosti presoje po uradni dolžnosti

59. Poudariti je treba, da na podlagi prava Skupnosti ne obstaja splošna dolžnost nacionalnih sodišč, da po uradni dolžnosti upoštevajo pravice, ki jih imajo osebe na podlagi prava Skupnosti. V skladu z ustaljeno sodno prakso so, kadar na nekem področju ni predpisov Skupnosti, natančna postopkovna pravila za varstvo pravic, ki jih imajo osebe na podlagi prava Skupnosti, določena v notranjem pravnem sistemu vsake države članice v skladu z načelom procesne avtonomije držav članic, vendar le, če ta pravila niso manj ugodna kot tista, ki urejajo podobne notranje položaje (načelo enakovrednosti), in če praktično ne onemogočajo ali čezmerno otežujejo uresničevanja pravic, ki jih daje pravni red Skupnosti (načelo učinkovitosti). [53] Vsak primer, v katerem se pojavi vprašanje, ali neka nacionalna procesna določba onemogoča ali pretirano otežuje uresničevanje pravic, ki jih posamezniku daje pravni red Skupnosti, je treba preizkusiti ob upoštevanju položaja te določbe v celotnem postopku ter poteka postopka in njegovih posebnosti pred različnimi nacionalnimi sodišči. [54]

60. Iz sodne prakse je tudi razvidno, da načelo učinkovitosti nacionalnim sodiščem ne nalaga dolžnosti, da po uradni dolžnosti preizkusijo razlog na podlagi skupnostne določbe, neodvisno od njegovega pomena za pravni red Skupnosti, kadar imajo stranke dejansko

53 – Glej v tem smislu sodbo Peterbroeck (navedena v opombi 10, točka 12) in sodbo van Schijndel (navedena v opombi 18, točka 17); sodbe z dne 16. maja 2000 v zadevi Presdon in drugi (C-78/98, Recueil, str. I-3201, točka 31); z dne 9. decembra 2003 v zadevi Komisija proti Italiji (C-129/00, Recueil, str. I-14637, točka 25); sodbo van der Weerd (navedena v opombi 18, točka 28) in sodbo Mostaza Claro (navedena v opombi 15, točka 24).

54 – Glej sodbo Peterbroeck (navedena v opombi 10, točka 14); sodbo van Schijndel (navedena v opombi 18, točka 19) in sodbo van der Weerd (navedena v opombi 18, točka 33).

možnost pri nacionalnemu sodišču navesti razlog, ki temelji na pravu Skupnosti. [55] To je utemeljeno z načelom, da imajo iniciativo za začetek postopka stranke, zaradi katerega lahko sodišče deluje po uradni dolžnosti le v izjemnih primerih v interesu javnosti. [56]

61. Vendar pa je Sodišče v sodni praksi od tega splošnega pravila oblikovalo izjemo glede nekaterih direktiv s področja varstva potrošnikov – najprej v zvezi z Direktivo 93/13, kasneje pa tudi v zvezi z Direktivo 87/102 – in dopustilo, da zaradi varstva potrošnikov in uresničevanja namenov teh direktiv nacionalno sodišče katere razloge presoja po uradni dolžnosti. [57]

62. Zato v nadaljevanju najprej predstavim vsebino sodne prakse v zvezi z Direktivo 93/13 in Direktivo 87/102, nato pa presodim, ali je to sodno prakso po analogiji mogoče prenesti tudi na Direktivo 85/577.

4. Izjema od splošnega pravila: sodna praksa v zvezi z Direktivo 93/13 in v zvezi z Direktivo 87/102

a) Sodna praksa v zvezi z Direktivo 93/13

63. V zvezi z Direktivo 93/13 so relevantne zadeve Océano Grupo, [58] Cofidis [59] in Mostaza Claro [60].

64. V zadevi Océano Grupo je Sodišče poudarilo, da sistem varstva na podlagi Direktive 93/13 temelji na tem, da je potrošnik v razmerju do prodajalca ali ponudnika v podrejenem položaju glede pogajalske sposobnosti in obveščenosti, zaradi česar pristopi k pogojem, ki jih je predhodno sestavil prodajalec ali ponudnik in na vsebino katerih ne more vplivati. [61] Navedlo je, da cilja, ki ga uresničuje člen 6 Direktive 93/13 – ki državam članicam nalaga, naj določijo, da nedovoljeni pogoji ne zavezujejo potrošnika – ne bi bilo mogoče doseči, če bi

55 – Glej sodbo van der Weerd (navedena v opombi 18, točka 41); glej v tem smislu tudi sodbo van Schijndel (navedena v opombi 18, točka 22). V literaturi glej na primer Lenaerts, K., Arts, D., Maselis, I., *Procedural Law of the European Union*, 2. izdaja, Sweet & Maxwell, London 2006, str. 104, točka 3-035; Simon, D., Modalités du relevé d'office, v: *Europe – Revue mensuelle LexisNexis JurisClasseur*, avgust-september 2007, str. 12; Jans, J. H., 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, v: *Common Market Law Review*, št. 3/2008, str. 858-859.

56 – Glej sodbo van Schijndel (navedena v opombi 18, točka 21) in sodbo van der Weerd (navedena v opombi 18, točka 35).

57 – Dodam naj, da je Sodišče dopustilo izjemo od tega pravila tudi v drugih primerih, na primer v sodbi Peterbroeck (navedena v opombi 10), v kateri je odločilo, da pravo Skupnosti nasprotuje uporabi nacionalnega postopkovnega predpisa, ki nacionalnemu sodišču preprečuje, da bi po uradni dolžnosti preizkusilo skladnost določbe nacionalnega prava s predpisom Skupnosti, če se posameznik nanj ni skliceval v določenem roku. Enako velja za uporabo določb s področja prava konkurence Skupnosti; glej sodbo z dne 1. junija 1999 v zadevi Eco Swiss (C-126/97, Recueil, str. I-3055, točka 40) ter sodbo z dne 13. julija 2006 v združenih zadevah Manfredi in drugi (C-295/04 do C-298/04, ZOdl., str. I-6619, točka 31).

58 – Glej sodbo Océano Grupo (navedena v opombi 13).

59 – Glej sodbo Cofidis (navedena v opombi 14).

60 – Glej sodbo Mostaza Claro (navedena v opombi 15).

61 – Glej sodbo Océano Grupo (navedena v opombi 13, točka 25).

potrošnik moral sam uveljavljati nedovoljenost teh pogojev. [62] Poudarilo je, da obstaja tveganje, da potrošnik predvsem zaradi nevednosti ne bo uveljavljal nedovoljenosti pogoja, in da je torej učinkovito varstvo potrošnika mogoče doseči le, če se nacionalnemu sodišču prizna možnost, da tak pogoj presoja po uradni dolžnosti. [63]

65. Sodišče je v zadevi Océano Grupo poudarilo tudi, da je pristojnost sodišča, da po uradni dolžnosti obravnava nedovoljenost pogoja, primerno sredstvo za to, da se doseže rezultat, ki je določen v členu 6 Direktive in preprečuje, da bi posameznega uporabnika zavezoval nedovoljeni pogoj, ter prispeva k uresničevanju cilja, določenega v njenem členu 7 [64], ker ima lahko taka obravnava odvračilni učinek, ki vpliva na prenehanje nadaljnje uporabe nedovoljenih pogojev v pogodbah, ki jih prodajalec ali ponudnik sklepa s potrošniki. [65]

66. Zato je Sodišče v zadevi Océano Grupo odločilo, da varstvo, ki ga potrošnikom zagotavlja Direktiva 93/13, zajema tudi to, da *lahko nacionalno sodišče po uradni dolžnosti presoja nedovoljenost pogodbenega pogoja*. [66]

67. Podobno je v zadevi Cofidis Sodišče poudarilo, da je pristojnost sodišča, da po uradni dolžnosti preizkusi nedovoljenost pogodbenega pogoja, nujna za zagotovitev učinkovitega varstva potrošnika, zlasti glede na nezanemarljivo tveganje, da ne pozna svojih pravic ali da ima težave pri njihovem uveljavljanju. [67] Zato je v tej zadevi odločilo, da Direktiva 93/13 nasprotuje nacionalni določbi, v skladu s katero – v postopku, ki ga je sprožil prodajalec ali ponudnik proti potrošniku na podlagi pogodbe, sklenjene med njima – nacionalno sodišče po izteku določenega roka ne sme presojati, po uradni dolžnosti ali na zahtevo potrošnika, nedovoljenosti nekega pogodbenega pogoja. [68]

68. Navedena načela je Sodišče potrdilo v zadevi Mostaza Claro, v kateri je odločilo, da je treba Direktivo 93/13 razlagati tako, da zajema tudi to, da mora nacionalno sodišče, ki

62 – *Ibidem* (točka 26).

63 – *Ibidem* (točka 26). To je Sodišče kasneje potrdilo v sodbi Cofidis (navedena v opombi 14, točka 33) in v sodbi Mostaza Claro (navedena v opombi 15, točka 28).

64 – Člen 7(1) Direktive 93/13 določa, da države članice zagotovijo „ustrezna in učinkovita sredstva za preprečevanje nadaljnje uporabe nedovoljenih pogojev v pogodbah, ki jih s potrošniki sklenejo prodajalci ali ponudniki“, člen 7(2) pa, da ta sredstva „vključujejo predpise, na podlagi katerih lahko osebe ali organizacije, ki imajo po nacionalnem pravu pravni interes pri zaščiti potrošnikov, ukrepajo v skladu z zadevnim nacionalnim pravom na sodiščih ali pri pristojnih upravnih organih, da odločijo, ali so pogodbeni pogoji […] nedovoljeni […]“ Cilj člena 7 je torej omogočiti zagotovitev varstva potrošnikov tudi s posredovanjem oseb, ki niso stranke pogodbe.

65 – Glej sodbo Océano Grupo (navedena v opombi 13, točka 28). To je Sodišče kasneje potrdilo v sodbi Cofidis (navedena v opombi 14, točka 32) in v sodbi Mostaza Claro (navedena v opombi 15, točka 27).

66 – Glej sodbo Océano Grupo (navedena v opombi 13, 1. točka izreka sodbe).

67 – Glej sodbo Cofidis (navedena v opombi 14, točka 33).

68 – Glej sodbo Cofidis (navedena v opombi 14, točka 38 in izrek sodbe).

odloča o tožbi za razveljavitev arbitražne odločbe, presojati ničnost arbitražnega dogovora in odločbo razveljaviti, ker navedeni arbitražni dogovor vsebuje nedovoljeni pogoj, tudi če potrošnik te ničnosti ni uveljavljal v okviru arbitražnega postopka, ampak samo v okviru tožbe za razveljavitev. [69]

b) Sodna praksa v zvezi z Direktivo 87/102

69. Kakor poudarja Komisija, je Sodišče sodno prakso iz zadev Océano Grupo, Cofidis in Mostaza Claro že preneslo tudi na drugo direktivo s področja varstva potrošnikov, in sicer na Direktivo 87/102. V zadevi Rampion [70] je Sodišče odločilo, da je treba Direktivo 87/102 razlagati tako, da *nacionalnemu sodišču omogoča, da po uradni dolžnosti uporabi določbe, s katerimi je bil v notranje pravo prenesen njen člen 11(2).* [71] Ta člen Direktive 87/102 določa, da lahko potrošnik pod določenimi pogoji [72] uveljavlja pravice proti kreditodajalcu in da morajo države članice določiti, v kakšnem obsegu in pod kakšnimi pogoji je te pravice mogoče uveljavljati.

70. V argumentaciji v zadevi Rampion je Sodišče poudarilo, da je namen Direktive 87/102 dvojen, in sicer, prvič, vzpostavitev skupnega trga za potrošniške kredite in, drugič, varstvo potrošnikov, ki najamejo take kredite. [73] Namen njenega člena 11(2) pa je dati potrošniku dodatne pravice proti kreditodajalcu, poleg njegovih običajnih pogodbenih pravic proti kreditodajalcu in dobavitelju blaga oziroma izvajalcu storitev. [74] Sodišče je menilo, da tega cilja ne bi bilo mogoče učinkovito doseči, če bi moral potrošnik sam uveljavljati pravice proti kreditodajalcu, zlasti zaradi tveganja, da potrošnik ne pozna svojih pravic ali da ima težave pri njihovem uresničevanju. [75]

5. Prenos sodne prakse v zvezi z Direktivo 93/13 in Direktivo 87/102 na obravnavano zadevo

71. Po mojem mnenju lahko navedeno sodno prakso prenesemo na obravnavano zadevo, vendar je pomembno, da je ta prenos smiseln in da ne nasprotuje ciljem in posameznim določbam Direktive 85/577.

69 – Glej sodbo Mostaza Claro (navedena v opombi 15, točka 39 in izrek sodbe).

70 – Glej sodbo Rampion (navedena v opombi 22).

71 – *Ibidem* (točka 69 in izrek sodbe).

72 – V členu 11(2) Direktive 87/102 so navedeni ti pogoji: „Kadar: (a) za nakup blaga ali opravljanje storitev potrošnik sklene kreditno pogodbo z osebo, ki ni njegov dobavitelj; in (b) imata kreditodajalec in dobavitelj blaga ali storitev že vnaprej sklenjen dogovor, po katerem da kredit na voljo izključno navedeni kreditodajalec potrošnikom navedenega dobavitelja za nakup blaga ali storitev pri navedenem dobavitelju; in (c) potrošnik, naveden v pododstavku (a), dobi njegov kredit v okviru navedenega vnaprejšnjega dogovora; in (d) blago ali storitve, ki je predmet kreditne pogodbe, ni dobavljeno ali je dobavljeno le delno ali pa ni v skladu s pogodbo o njegovi dobavi; in (e) je potrošnik neuspešno uveljavil pravice nasproti dobavitelju."

73 – Glej sodbo Rampion (navedena v opombi 22, točka 59).

74 – *Ibidem* (točka 64).

75 – *Ibidem* (točka 65).

72. Najprej, na obravnavano zadevo je brez dvoma mogoče prenesti *ratio* te sodne prakse oziroma razloge za odločitev Sodišča v navedenih zadevah. Sodna praksa v zadevah Océano Grupo, Cofidis, Mostaza Claro in Rampion izhaja iz tega, da je potrošnik v podrejenem položaju v primerjavi s prodajalcem [76] ter iz tega, da obstaja tveganje, da potrošnik ne pozna svojih pravic ali ima težave pri njihovem uresničevanju [77]. Tudi sistem, ki ga vzpostavlja Direktiva 85/577, temelji na dejstvu, da je potrošnik v pogodbi šibkejša stranka, zato mu je treba zagotoviti posebno varstvo, kar je še posebej razvidno iz zahteve, da mora biti pisno poučen o pravici do odstopa – domneva se torej, da potrošnik te pravice ne bo poznal, če o njej ne bo poučen – in iz zahteve, da morajo države članice zagotoviti ustrezne ukrepe, če ta pouk ni bil dan. [78] Cilj visoke ravni varstva potrošnikov je torej enak tako v primeru Direktive 93/13 ali Direktive 87/102, kakor tudi v primeru Direktive 85/577. [79] Vse izhajajo iz tega, da obstaja tveganje, da potrošnik svojih pravic ne pozna. Tak neenak položaj potrošnika in prodajalca je mogoče izenačiti samo s pozitivnim posredovanjem zunaj kroga pogodbenih strank. [80]

73. Poleg tega je treba pri prenosu sodne prakse jasno razlikovati med tem, kaj nacionalno sodišče *ugotavlja* po uradni dolžnosti in kaj je *posledica* te ugotovitve. Bistvo sodne prakse v zvezi z Direktivo 93/13 je v tem, da nacionalno sodišče po uradni dolžnosti ugotavlja nedovoljenost pogodbenega pogoja, in ne v tem, da lahko ugotovi, da tak pogodbeni pogoj za potrošnika ni zavezujoč; slednje je le posledica ugotovitve, da gre za nedovoljen pogodbeni pogoj. [81] Tudi v zvezi z Direktivo 87/102 nacionalno sodišče po uradni dolžnosti uporabi določbe, s katerimi je bil v notranje pravo prenesen njen člen 11(2); posledice pa so predvidene v nacionalnih določbah in med državami članicami so lahko različne. Po analogiji ločitve med

76 – Podrejen položaj potrošnika v razmerju do prodajalca je poudarjen na primer v sodbi Océano Grupo (navedena v opombi 13, točka 25) in v sodbi Mostaza Claro (navedena v opombi 15, točka 26).

77 – Glej sodbo Océano Grupo (navedena v opombi 13, točka 26); sodbo Cofidis (navedena v opombi 14, točka 33); v opombi 15 navedeno sodbo Mostaza Claro (točka 28) in sodbo Rampion (navedena v opombi 22, točka 65).

78 – Sodišče je poudarilo, da je glavni namen Direktive 85/577 varstvo potrošnika pred tveganjem, ki izhaja iz okoliščin sklenitve pogodbe zunaj poslovnih prostorov, in da je to varstvo uresničeno z uvedbo pravice do odstopa; glej v opombi 17 navedeno sodbo Heininger (točka 38); sodbo z dne 25. oktobra 2005 v zadevi Schulte (C-350/03, ZOdl., str. I-9215, točka 66). Glej tudi v opombi 23 navedeno sodbo Hamilton (točka 32).

79 – Dodam naj, da je zahteva po visoki ravni varstva potrošnikov vsebovana tudi v členu 38 Listine Unije o temeljnih pravicah (*op. cit.*, opomba 5), ki določa, da politike Unije zagotavljajo visoko raven varstva potrošnikov.

80 – Glej, po analogiji, sodbo Océano Grupo (navedena v opombi 13, točka 27) in sodbo Mostaza Claro (navedena v opombi 15, točka 26).

81 – Navedem naj, da je posledica vključitve nedovoljenega pogoja v pogodbo na podlagi Direktive 93/13 drugačna od posledice nepouka potrošnika o njegovi pravici do odstopa od pogodbe na podlagi Direktive 85/577. Člen 6(1) Direktive 93/13 od držav članic izrecno zahteva, naj določijo, da „nedovoljeni pogoji, uporabljeni v pogodbi, ki jo s potrošnikom sklene prodajalec ali ponudnik, […] *niso zavezujoči za potrošnika* […]“ (poudarek dodan). Tretji odstavek člena 4 Direktive 85/577 pa določa le, naj „države članice zagotovijo, da njihova nacionalna zakonodaja *določa ustrezne ukrepe* za varstvo potrošnikov v primerih, ko pouk iz tega člena ni bil dan“ (poudarek dodan). Razlika med posledicama je tudi v tem, da je pri Direktivi 93/13 posledica nedovoljenega pogoja določena v pravu Skupnosti, medtem ko so pri neobstoju pouka potrošniku o odstopu od pogodbe posledice določene v nacionalnem pravu.

ugotovitvijo po uradni dolžnosti in posledico te ugotovitve lahko zatrdimo, da je smiselno, da v okviru Direktive 85/577 nacionalno sodišče po uradni dolžnosti ugotavlja, *ali je bil potrošnik poučen o svoji pravici do odstopa od pogodbe*.

74. Ob tem se seveda takoj zastavi vprašanje o posledicah take ugotovitve. Predložitveno sodišče meni, da je ustrezen ukrep za varstvo potrošnikov v tem primeru absolutna ničnost pogodbe kot strožji ukrep od relativne ničnosti, predvidene v španskem pravu. Vendar pa je vprašanje, ali je absolutna ničnost kot posledica nepouka potrošnika ukrep, ki ustreza ciljem Direktive 85/577; zato je treba presoditi – podobno kot v zvezi z relativno ničnostjo – ali je absolutna ničnost pogodbe, ki jo nacionalno sodišče ugotavlja po uradni dolžnosti, ustrezen ukrep za varstvo potrošnikov v smislu člena 4, tretji odstavek, te direktive.

75. V zvezi z ustreznostjo absolutne ničnosti bi želela najprej izpostaviti vzporednico med potrošnikovo pravico do odstopa od pogodbe in njegovo pravico odločati o veljavnosti pogodbe, ki je sklenjena brez tega pouka. Upoštevati moramo, da je uresničevanje pravice odstopa od pogodbe, sklenjene zunaj poslovnih prostorov, odvisno od potrošnikove volje. Člen 5(1) Direktive 85/577 določa: „Potrošnik *ima pravico* [82], da odstopi od pogodbe […]“. Bistvo te določbe je torej, da se potrošnik sam odloči, ali bo odstopil od pogodbe ali ne. Iz člena 5(2) Direktive 85/577 pa je razvidno, da je potrošnik prost vseh obveznosti iz pogodbe, od katere je odstopil, šele takrat, ko svojemu sopogodbeniku pošlje obvestilo o odstopu. Za to, da potrošnika pogodba več ne zavezuje, je torej potrebna njegova odločitev in njegova aktivnost s tem, da sopogodbeniku pošlje obvestilo o odstopu.

76. Podobno kot mora imeti potrošnik možnost sam izvajati svojo pravico do odstopa od pogodbe, mora imeti tudi možnost sam odločati o tem, ali bo pogodbo, ki je bila sklenjena brez tega pouka, ohranil v veljavi ali ne. Mogoče je namreč, da jo bo hotel ohraniti v veljavi, čeprav ni bil poučen o svoji pravici do odstopa. Če bo ugotovljena ničnost pogodbe, bo moral potrošnik v obravnavanem primeru na podlagi španskega prava

82 – Poudarek dodan. Primerjaj tudi druge jezikovne različice tega dela določbe: francosko *(„le consommateur a le droit“),* angleško *(„the consumer shall have the right“),* nemško *(„der Verbraucher besitzt das Recht“),* italijansko *(„il consumatore ha il diritto“),* špansko *(„el consumidor tendrá el derecho“).*

prodajalcu zaradi načela *quod nullum est, nullum producit effectum* [83] načeloma vrniti prejete stvari, sam pa bo prejel že plačano kupnino [84]. To pa morda ne bo v korist potrošnika; nasprotno, ničnost take pogodbe je lahko celo v njegovo škodo. [85] V želji po pretiranem varstvu potrošnika mu lahko torej – kakor izraža latinski rek *summum ius summa iniuria* – tudi škodimo.

77. Poleg tega je pomembno izpostaviti, da bi z dopustitvijo absolutne ničnosti šli še korak dlje od tega, kar omogoča sodna praksa v zvezi z Direktivo 93/13. Člen 6(1) Direktive 93/13 namreč omogoča, da „pogodba še naprej zavezuje obe stranki […], če je nadaljnji obstoj mogoč brez nedovoljenih pogojev".

Nacionalno sodišče torej v zvezi z Direktivo 93/13 po uradni dolžnosti ugotavlja le, ali so posamezni pogodbeni pogoji nedovoljeni, pogodba pa še naprej velja, če je njen obstoj mogoč brez teh nedovoljenih pogojev. V obravnavani zadevi pa predložitveno sodišče hoče ugotoviti ničnost celotne pogodbe, s čimer bi bile posledice za pogodbo strožje kot pri Direktivi 93/13.

78. Zato menim, da absolutna ničnost pogodbe, ki jo nacionalno sodišče ugotavlja po uradni dolžnosti, če potrošnik ni bil poučen o svoji pravici do odstopa, ni ustrezen ukrep za varstvo potrošnikov v smislu člena 4, tretji odstavek, Direktive 85/577.

79. Posledično je treba pri opredelitvi, kaj bo posledica ugotovitve nacionalnega sodišča, da potrošnik ni bil poučen o svoji pravici do odstopa od pogodbe, s teleološko razlago

83 – To načelo pomeni, da nična pogodba nima pravnega učinka; v okviru španskega prava ga navaja na primer Díez-Picazo, L., Gullón, A., *Sistema de derecho civil*, *Vol. II*, 7. izdaja, Tecnos, Madrid 1995, str. 109. Primerjalnopravno naj navedem, da to načelo poznajo tudi drugi pravni redi držav članic; glej na primer v zvezi s francoskim pravom Flour, J. *et al.*, *op. cit.* (opomba 30), str. 297, točka 361; v zvezi s slovenskim pravom Polajnar Pavčnik, A., *op. cit.* (opomba 34), komentar k členu 86, str. 507.

84 – Glej člen 1.303 španskega Código civil. V španski teoriji glej glede obveznosti vrnitve stvari, prejete na podlagi nične pogodbe, Díez-Picazo, L., Gullón, A., *op. cit.* (opomba 83), str. 111. Tudi v drugih pravnih redih držav članic je ureditev podobna; glej na primer glede nemškega prava Larenz, K., Wolf, M., *op. cit.* (opomba 32), str. 797, točka 8, ki navaja, da je treba, če je pogodba nična, vzpostaviti stanje, kot da izpolnitev na podlagi nične pogodbe nikoli ne bi bilo; glede francoskega prava glej Flour, J. *et al.*, *op. cit.* (opomba 30), str. 298, točka 362; glede slovenskega prava glej Polajnar Pavčnik, A., *op. cit.* (opomba 34), komentar k členu 87, str. 513 in nasl.

85 – Predstavljajmo si primer, ko pri prodaji od vrat do vrat potrošnik v predprodaji in po nižji ceni za zgodnje kupce kupi enciklopedijo. Potrošnik plača kupnino, prodajalec pa blaga ne dobavi v predvidenem roku, zato potrošnik proti njemu vloži tožbo. Sodišče ugotovi, da potrošnik ni bil poučen o svoji pravici do odstopa, in ugotovi ničnost pogodbe. Prodajalec potrošniku vrne kupnino, a ker potrošnik vseeno hoče kupiti enciklopedijo, jo ponovno naroči, vendar po višji ceni, saj je po predprodajni ceni ni več mogoče kupiti.

poiskati alternativo, ki bolj ustreza namenu Direktive 85/577.

80. Namen Direktive 85/577 se po mojem mnenju najbolje doseže s tem, da nacionalno sodišče, če po uradni dolžnosti ugotovi, da potrošnik ni bil poučen o svoji pravici do odstopa, *potrošnika obvesti o njegovih pravicah, ki mu jih v tem primeru daje nacionalno pravo.* S tem se, po eni strani, zagotavlja ustrezno varstvo potrošnika in, po drugi strani, potrošniku omogoča, da se v skladu z načelom avtonomije v zasebnem pravu [86] sam odloči, ali bo pogodbo ohranil v veljavi, če ni bil poučen o pravici do odstopa od pogodbe.

81. Poleg tega se z rešitvijo, na podlagi katere nacionalno sodišče potrošnika obvesti o njegovih pravicah na podlagi nacionalnega prava, spoštuje pravico držav članic iz člena 4, tretji odstavek, Direktive 85/577, da same določijo ustrezne ukrepe, če potrošnik ni bil poučen o svoji pravici do odstopa od pogodbe. Če bi nacionalnemu sodišču dopustili po uradni dolžnosti ugotoviti ničnost pogodbe, sklenjene brez tega pouka, bi državam članicam odvzeli diskrecijo, ki jim jo glede posledic za take pogodbe daje direktiva. Primerjalnopravna analiza namreč pokaže, da so se države članice dejansko odločale za zelo različne ukrepe pri prenosu člena 4, tretji odstavek, Direktive 85/577, za primere, ko potrošnik ni bil poučen o pravici do odstopa od pogodbe. V grobem jih lahko razdelimo v dve skupini; v nadaljevanju kot ponazoritev – brez prejudiciranja, ali so v svoje nacionalno pravo pravilno prenesle določbe Direktive 85/577 – navajam primere nekaterih držav članic.

82. V prvi skupini so države, katerih nacionalno pravo kot posledico nepouka potroš-

86 – Glej npr. Basedow, J., Die Europäische Union zwischen Marktfreiheit und Überregulierung – Das Schicksal der Vertragsfreiheit, v: *Bitburger Gespräche Jahrbuch 2008/I*, Beck, München 2009, str. 86, ki poudarja, da je pogodbena svoboda najpomembnejši izraz avtonomije v zasebnem pravu. Glede avtonomije v zasebnem pravu glej primerjalnopravno v nemški teoriji Larenz, K., Wolf, M., *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*, 9. izdaja, Beck, München 2004, str. 2, točka 2; v avstrijski teoriji Koziol, H., Welser, R., *Grundriss des bürgerlichen Rechts. Band I: Allgemeiner Teil – Sachenrecht – Familienrecht*, 11. izdaja, Manzsche Verlags- u. Universitätsbuchhandlung, Dunaj 2000, str. 84; v španski teoriji Díez-Picazo, L., Gullón, A., *Sistema de derecho civil, Vol. I*, 10. izdaja, Tecnos, Madrid 2002, str. 369 in nasl., 375; primerjaj v francoski teoriji Aubert, J.-L., Savaux, É., *Les obligations. 1. Acte juridique*, 12. izdaja, Sirey, Pariz 2006, str. 72, točka 99 in nasl.

nika določa bodisi ničnost take pogodbe (npr. Belgija [87], Luksemburg [88], Nizozemska [89] in Španija [90]) bodisi določa, da pogodba za potrošnika ni zavezujoča (npr. Finska [91]) ali da od njega ni mogoče zahtevati izpolnitve pogodbe (npr. Irska [92] in Združeno kraljestvo [93]). V drugi skupini so države, v katerih se zaradi nepoučitve potrošnika rok za odstop od pogodbe podaljša [94] (npr. Avstrija [95], Češka [96], Italija [97], Nemčija [98] in Slovenija [99]). Omeniti je treba tudi, da nekatere države poleg temeljne posledice, na primer ničnosti ali podaljšanja roka, določajo še denarno kazen (na primer Belgija [100] in Italija [101]). Omenim naj še, da bo *de lege ferenda* to vprašanje morebiti poeno-

87 – Glej člen 88, tretji odstavek, belgijskega Loi du 14/7/1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur, ki določa, da je posledica nepouka potrošnika ničnost pogodbe. Omenim naj, da zakon ne določa natančno, ali gre za relativno ali absolutno ničnost in tudi med belgijskimi sodišči glede tega ni enotnega stališča; glej na primer sodbo Hof van Beroep te Antwerpen z dne 31. oktobra 2005 (Rechtskundig Weekblad 2007-08, št. 22, 26.1.2008), v kateri to sodišče meni, da gre za absolutno ničnost, in sodbo Hof van Beroep te Gent z dne 21. februarja 2007 (Jaarboek Handelspraktijken & Mededinging 2007, str. 369), v kateri to sodišče meni, da gre za relativno ničnost.

88 – Glej člen 10, četrti odstavek, luksemburškega Loi du 16 juillet 1987 concernant le colportage, la vente ambulante, l'étalage de marchandises et la sollicitation de commandes, ki določa, da je pogodba nična in da se lahko potrošnik na to ničnost sklicuje, če ni bil obveščen o svoji pravici do odstopa od pogodbe.

89 – Glej člen 24(1) nizozemskega Colportagewet, ki določa, da je posledica nepouka potrošnika ničnost pogodbe. Glede na splošno razlikovanje med „ničnostjo“ in „izpodbojnostjo“ v nizozemskem pravu gre v tem primeru za ničnost, ki jo sodišča ugotavljajo po uradni dolžnosti; glej Hartkamp, A. S., *Verbintenissenrecht*, 2. del, 12. izdaja, Kluwer, Deventer 2005, str. 484, točka 459.

90 – Kot je navedeno v točki 13 teh sklepnih predlogov, iz člena 4 španskega *Ley 26/1991, de 21 de noviembre, sobre contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles* izhaja, da lahko potrošnik, če je bila pogodba sklenjena ali ponudba dana, ne da bi bil obveščen o svoji pravici do odstopa od pogodbe, zahteva ugotovitev njene ničnosti.

91 – Glej poglavje 6, člen 20, finskega Kuluttajansuojalaki 38/1978, ki določa, da pogodba za potrošnika ni zavezujoča, vendar se mora potrošnik na to sklicevati.

92 – Glej člen 4(1)(b) irskega predpisa European Communities (Cancellation of Contracts negotiated away from business premises) Regulations, 1989, ki prav tako določa, da od potrošnika ni mogoče zahtevati izpolnitve pogodbe *(„the contract shall not be enforceable“)*, če potrošnik ni bil obveščen o svoji pravici do odstopa od pogodbe.

93 – Glej člen 7(6) predpisa Združenega kraljestva The Cancellation of Contracts made in a Consumer's Home or Place of Work etc. Regulations 2008, ki določa, da od potrošnika ni mogoče zahtevati izpolnitve pogodbe *(„the contract shall not be enforceable“)*, če potrošnik ni bil obveščen o svoji pravici do odstopa od pogodbe.

94 – Pri tem ne analiziram, ali so predpisi tistih držav članic, ki tak podaljšani rok vseeno časovno omejujejo, v skladu z odločitvijo Sodišča v zadevi Heininger (navedena v opombi 17).

95 – Glej člen 3(1) avstrijskega Konsumentenschutzgesetz, v skladu s katerim rok za odstop od pogodbe začne teči od poučitve potrošnika o njegovi pravici do odstopa od pogodbe.

96 – Glej člen 57(3) češkega Občiansky zákonník – Zákon č. 40/1964, v skladu s katerim lahko potrošnik od pogodbe odstopi v enem letu od dneva sklenitve pogodbe, če ni bil poučen o svoji pravici do odstopa.

97 – Glej člen 65(3) italijanskega Codice del consumo, v skladu s katerim se rok za odstop od pogodbe – če potrošnik ni bil poučen o svoji pravici do odstopa – podaljša na 60 dni, ki teče pri pogodbi o prodaji blaga od dne, ko je potrošnik blago prejel, pri pogodbi o opravljanju storitev pa od dneva sklenitve pogodbe.

98 – Glej člen 355(3) nemškega Bürgerliches Gesetzbuch (BGB), v skladu s katerim potrošnikova pravica do odstopa od pogodbe ne ugasne, če ni bil pravilno obveščen o tej pravici.

99 – Glej člen 43č(4) slovenskega Zakona o varstvu potrošnikov, v skladu s katerim je rok za odstop od pogodbe 3 mesece, če potrošnik ni bil poučen o svoji pravici do odstopa. Člen 43č sicer ureja odstop od pogodbe pri pogodbah, sklenjenih na daljavo, vendar se za pogodbe, sklenjene zunaj poslovnih prostorov, smiselno uporablja na podlagi člena 46c(4) tega zakona.

100 – Denarna kazen za odsotnost tega pouka je določena v členu 102, št. 7, belgijskega Loi du 14/7/1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur.

101 – Denarna kazen je določena v členu 62 italijanskega Codice del consumo.

teno z Direktivo o pravicah potrošnikov, ki je trenutno še v fazi predloga [102], in ki določa, da se – če potrošnik ni bil poučen o svoji pravici do odstopa od pogodbe – odstopno obdobje izteče tri mesece po tem, ko je trgovec v celoti izpolnil svoje druge pogodbene obveznosti. [103]

83. Analizirati je treba še, ali so določbe Direktive 85/577 del javnega reda. Sodišče je v zadevi Mostaza Claro [104] določbe Direktive 93/13 implicitno že opredelilo kot take, ki so lahko del javnega reda [105], pri čemer se je sklicevalo zlasti na to, da je člen 6(1) te direktive prisilna določba. Tudi glede Direktive 85/577 lahko zatrdimo, da je člen 4, ki prodajalcu nalaga obveznost, da potrošnika pisno pouči o njegovi pravici do odstopa od pogodbe, prisilna določba, ki želi zaradi podrejenega položaja ene od pogodbenih strank formalno ravnovesje med pravicami in obveznostmi sopogodbenikov zamenjati z dejanskim ravnovesjem med pogodbenima strankama. Podobno kot je Sodišče že poudarilo v zvezi z Direktivo 93/13 v zadevi Mostaza Claro, lahko tudi glede Direktive 85/577 ugotovimo, da ta direktiva, ki želi okrepiti varstvo potrošnikov v skladu s členom 3(1)(t) ES, pomeni sredstvo, ki je nujno za dokončanje nalog, ki so zaupane Skupnosti, in zlasti za zvišanje ravni in kakovosti življenja v Skupnosti. [106]

84. Tudi če Sodišče ne bi sledilo v prejšnji točki navedeni argumentaciji v zvezi z javnim redom, želim opozoriti na to, da se Sodišče v zadevah Océano Grupo in Cofidis v utemeljitev delovanja nacionalnih sodišč po uradni dolžnosti ni sklicevalo na javni red, temveč *zgolj na učinkovito varstvo potrošnika,* ki ga je, glede na tveganje, da potrošnik ne pozna svojih pravic, mogoče doseči le, če nacionalna sodišča delujejo po uradni dolžnosti. [107] Tudi v obravnavani zadevi je brez dvoma treba zagotoviti učinkovito varstvo

102 – Predlog Direktive Evropskega parlamenta in Sveta o pravicah potrošnikov, COM(2008) 614 konč. Direktiva o pravicah potrošnikov naj bi nadomestila Direktivo 85/577, Direktivo 93/13, Direktivo 97/7/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 20. maja 1997 o varstvu potrošnikov glede sklepanja pogodb pri prodaji na daljavo (UL L 144, 4.6.1997, str. 19) in Direktivo 1999/44/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 25. maja 1999 o nekaterih vidikih prodaje potrošniškega blaga in z njim povezanih garancij (UL L 171, 7.7.1999, str. 12). Glej člen 47 predloga Direktive Evropskega parlamenta in Sveta o pravicah potrošnikov, COM(2008) 614 konč., in obrazložitveni memorandum k temu predlogu, str. 3.

103 – Glej člen 13 predloga Direktive Evropskega parlamenta in Sveta o pravicah potrošnikov, COM(2008) 614 konč.

104 – Glej sodbo Mostaza Claro (navedena v opombi 15, točke od 35 do 38).

105 – Glej v tem smislu tudi Jordans, R., Anmerkung zu EuGH Rs. C-168/05 – Elisa Maria Mostaza Claro gegen Centro Móvil Milenium SL, v: *Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht*, št. 1/2007, str. 50; Courbe, P., Brière, C., Dionisi-Peyrusse, A., Jault-Seseke, F., Legros, C., Clause compromissoire et réglementation des clauses abusives: CJCE, 26 octobre 2006, v: *Petites affiches*, št. 152/2007, str. 14; Poissonnier, G., Tricoit, J.-P., La CJCE confirme sa volonté de voir le juge national mettre en oeuvre le droit communautaire de la consommation, v: *Petites affiches*, št. 189/2007, str. 15.

106 – Primerjaj sodbo Mostaza Claro (navedena v opombi 15, točka 37).

107 – Glej sodbo Océano Grupo (navedena v opombi 13, točka 26) in sodbo Cofidis (navedena v opombi 14, točka 33). To poudarja tudi generalni pravobranilec Mengozzi v svojih sklepnih predlogih, predstavljenih 29. marca 2007, v zadevi Rampion (C-429/05, ZOdl., str. I-8017, točka 61).

potrošnikov, zato lahko po mojem mnenju to zadošča za utemeljitev delovanja nacionalnega sodišča po uradni dolžnosti, tudi če se ne opremo na argumentacijo o javnem redu.

85. Rešitev, v skladu s katero nacionalno sodišče, če po uradni dolžnosti ugotovi, da potrošnik ni bil poučen o svoji pravici do odstopa, potrošnika obvesti o pravicah, ki mu jih v tem primeru daje nacionalno pravo, po mojem mnenju tudi ni v nasprotju z odločitvijo Sodišča v zadevi Hamilton [108]. V zadevi Hamilton, v kateri je Sodišče odločalo o tem, ali je ukrep, v skladu s katerim potrošnikova pravica do odstopa ugasne po enem mesecu od obojestranske izpolnitve obveznosti iz pogodbe o dolgoročnem kreditu, ustrezen ukrep za varstvo potrošnikov, je Sodišče poudarilo, da pojem „ustrezen“ v členu 4, tretji odstavek, Direktive 85/577, kaže na to, da navedeni ukrepi niso namenjeni absolutnemu varstvu potrošnikov [109] in da splošna sistematika in besedilo več določb te direktive kažeta na to, da veljajo za varstvo določene omejitve [110]. Vendar pa je treba upoštevati, da se te omejitve nanašajo na posebno dejansko stanje te zadeve, v kateri so bile obojestranske obveznosti iz pogodbe v celoti izpolnjene. [111]

86. V zadevi v glavni stvari pa je iz opisa dejanskega stanja v predložitvenem sklepu razvidno, da obveznosti iz pogodbe še niso bile v celoti izpolnjene. Kupljeno blago je bilo potrošniku dostavljeno in celotna kupnina je znašala 1 909 EUR, od česar je potrošnik plačal 47,48 EUR, torej le manjši del. Prodajalec je proti potrošniku začel postopek prav zaradi tega, ker potrošnik ni v celoti izpolnil svoje obveznosti iz pogodbe. Zato omejitve varstva potrošnikov, ki jih je Sodišče uvedlo v zadevi Hamilton, v obravnavani zadevi niso relevantne, saj obojestranske obveznosti iz pogodbe še niso bile v celoti izpolnjene.

108 – Sodba Hamilton (navedena v opombi 23).

109 – *Ibidem* (točka 39). To je poudarjeno tudi v literaturi; glej na primer Mankowski, P., Die gemeinschaftsrechtliche Kontrolle von Erlöschenstatbeständen für verbraucherschützende Widerrufsrechte, v: *Juristenzeitung*, št. 23/2008, str. 1143.

110 – *Ibidem* (točka 40).

111 – V literaturi to poudarja na primer Kroll, K., Vertragserfüllung als zeitliche Grenze des verbraucherschützenden Widerrufsrechts, v: *Neue Juristische Wochenschrift*, št. 28/2008, str. 2000. Glej v tem smislu tudi Edelmann, H., EuGH: Kein grenzenloser Verbraucherschutz, v: *Betriebs-Berater*, št. 19/2008, str. 970; Raynouard, A., CJCE, 10 avril 2008, C-412/06, Annelore Hamilton c/Volksbank Filder eG, v: *Revue de jurisprudence commerciale*, št. 4/2008, str. 305. Dodam naj, da je Sodišče v zadevi Hamilton poudarilo, da sklicevanje na pojem „obveznosti, ki izhajajo iz pogodbe“ v peti uvodni izjavi Direktive 85/577 kaže na to, da lahko potrošnik odstopi od take pogodbe *kadar koli med njenim trajanjem* (sodba Hamilton, navedena v opombi 23, točka 41, poudarek dodan) – seveda le, če o svoji pravici do odstopa ni bil poučen. To vsekakor ne kaže na omejitev varstva potrošnikov, dokler obveznosti iz pogodbe še niso izpolnjene.

6. Pravica ali dolžnost nacionalnega sodišča delovati *ex officio*?

87. Čeprav predložitveno sodišče ne sprašuje, ali ima na podlagi člena 4 Direktive 85/577 *dolžnost* delovati po uradni dolžnosti, če potrošnik ni bil poučen o pravici do odstopa od pogodbe, temveč, ali mu člen 4 te direktive to *dopušča,* je treba pojasniti, ali gre v obravnavani zadevi za pravico ali dolžnost nacionalnega sodišča delovati po uradni dolžnosti. Zlasti je to pomembno, ker v obravnavani zadevi Komisija zagovarja stališče, da imajo nacionalna sodišča v obravnavani zadevi dolžnost delovati po uradni dolžnosti [112], avstrijska vlada pa meni, da nacionalna sodišča te dolžnosti nimajo [113].

88. Najprej naj navedem, da je treba vprašanje predložitvenega sodišča razumeti v kontekstu španskega prava. Špansko pravo predložitvenemu sodišču v obravnavani zadevi namreč ne dopušča delovati po uradni dolžnosti, zato to sodišče sprašuje, ali mu to dopušča pravo Skupnosti. [114] Iz tako zastavljenega vprašanja za predhodno odločanje je pravzaprav razvidno, da predložitveno sodišče skuša najti pravno podlago za delovanje po uradni dolžnosti v pravu Skupnosti.

89. Dalje je, primerjalno gledano, treba poudariti, da je Sodišče v zvezi z Direktivo 93/13 v zadevi Océano Grupo [115] odločilo, da nacionalno sodišče *lahko* po uradni dolžnosti presoja nedovoljenost pogodbenega pogoja. Podobno je v zadevi Cofidis Sodišče govorilo o *pooblastilu* [116] nacionalnega sodišča za tako

112 – Glej točko 31 teh sklepnih predlogov.

113 – Natančneje, avstrijska vlada navaja, da člen 4 Direktive 85/577 od držav članic ne zahteva, da morajo delovati po uradni dolžnosti. Glej točko 27 teh sklepnih predlogov.

114 – S tega vidika lahko razumemo tudi vprašanje predložitvenega sodišča in odgovor Sodišča v sodbi Océano Grupo (navedena v opombi 13). Glej v tem smislu 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, v: *Revue européenne de droit de la consommation*, št. 2/2003, str. 94.

115 – To je razvidno iz večine jezikovnih različic 1. točke izreka sodbe Océano Grupo (navedena v opombi 13). Glej na primer francosko („le juge national *puisse* apprécier d'office"), angleško („the national court *being able* to determine of its own motion"), nemško („das nationale Gericht von Amts wegen prüfen *kann*"), italijansko („il giudice nazionale […] *possa* valutare d'ufficio"), špansko („el Juez nacional *pueda* apreciar de oficio"), portugalsko („o juiz nacional *possa* apreciar oficiosamente") in nizozemsko („dat de nationale rechter […] ambtshalve *kan* toetsen") različico.

116 – Glej sodbo Cofidis (navedena v opombi 14, točke 32, 33 in 35). Nekatere jezikovne različice v teh točkah uporabljajo dva različna izraza, na primer francoska („faculté" in „pouvoir"), italijanska („facoltà" in „potere") in portugalska („faculdade" in „poder"). Druge pa uporabljajo isti izraz, na primer angleška („power"), nemška („Befugnis"), španska („facultad"), nizozemska („bevoegdheid").

presojo. Sodišče pa je v zadevi Mostaza Claro naredilo še korak naprej in odločilo, da nacionalno sodišče *mora* po uradni dolžnosti presojati nedovoljenost pogodbenega pogoja. [117]

90. Tudi v obravnavani zadevi gre po mojem mnenju za dolžnost nacionalnega sodišča delovati po uradni dolžnosti, saj je samo tako mogoče zagotoviti učinkovito varstvo potrošnikov, ki ga skuša uresničevati Direktiva 85/577. [118] Če bi bila taka presoja prepuščena diskreciji nacionalnih sodišč, ne bi bilo jasno, na podlagi katerih meril bi sodišča v nekaterih primerih delovala po uradni dolžnosti, v drugih pa ne. Dolžnost delovanja nacionalnih sodišč po uradni dolžnosti je pomembna tudi zato, ker bo tako sistematično delovanje po uradni dolžnosti delovalo odvračilno, saj bo trgovce odvrnilo od tega, da potrošnikov ne bodo poučili o njihovi pravici do odstopa od pogodbe. [119]

91. Zato imajo po mojem mnenju nacionalna sodišča dolžnost, ne le pravico, po uradni dolžnosti ugotavljati, ali je bil potrošnik poučen o svoji pravici do odstopa od pogodbe, in ga, če o njej ni bil poučen, obvestiti o pravicah, ki mu jih v tem primeru daje nacionalno pravo.

C – *Sklep*

92. Na podlagi navedenega menim, da je treba na vprašanje za predhodno odločanje odgovoriti tako, da je treba člen 153 ES v povezavi s členom 3(1)(t) ES ter člen 4, tretji odstavek, Direktive 85/577, razlagati tako, da nacionalnemu sodišču v okoliščinah, kakršne so te v obravnavani zadevi, ne dopušča, da po uradni dolžnosti ugotavlja ničnost pogodbe, če se potrošnik na ničnost v postopku pred tem sodiščem ni skliceval; vendar pa mora nacionalno sodišče po uradni dolžnosti ugotavljati, ali je bil potrošnik poučen o svoji pravici do odstopa od pogodbe, in ga, če o njej ni bil poučen, obvestiti o pravicah, ki mu jih v tem primeru daje nacionalno pravo.

117 – V zvezi s tem naj navedem, da v izreku sodbe Mostaza Claro (navedena v opombi 15) samo nekatere jezikovne različice izrecno uporabljajo imperativ – taka je na primer angleška („*must* determine whether the arbitration agreement is void“) ali slovenska („*mora* […] presojati ničnost arbitražnega dogovora“) – druge jezikovne različice pa v izreku sodbe uporabljajo indikativ, na primer francoska („apprécie la nullité de la convention d'arbitrage“) ali nemška („die Nichtigkeit der Schiedsvereinbarung prüft“). Vendar pa je dolžnost presoje po uradni dolžnosti jasno razvidna iz točke 38 te sodbe; prim. številne jezikovne različice te točke sodbe, na primer francosko („*soit tenu* d'apprécier d'office“), angleško („*being required* to assess of its own motion“), nemško („von Amts wegen […] prüfen *muss*“), italijansko („*sia tenuto* a valutare d'ufficio“), špansko („*deba* apreciar de oficio“), portugalsko („*deva* apreciar oficiosamente“), slovensko („*dolžnost* […], da po uradni dolžnosti presoja“) in nizozemsko („ambtshalve *dient* te beoordelen“) različico.

118 – Primerjalno gledano v zvezi z Direktivo 93/13 to poudarja Van Huffel, *op. cit.* (opomba 114), str. 97.

119 – *Ibidem* (točka 77).

VII – Predlog

93. Ob upoštevanju vseh navedenih ugotovitev Sodišču predlagam, naj na vprašanje za predhodno odločanje, ki ga je predložilo Audiencia Provincial de Salamanca, odgovori tako:

Člen 153 ES v povezavi s členom 3(1)(t) ES ter člen 4, tretji odstavek, Direktive Sveta 85/577/EGS z dne 20. decembra 1985 za varstvo potrošnika v primeru pogodb, sklenjenih zunaj poslovnih prostorov, je treba razlagati tako, da nacionalnemu sodišču v okoliščinah, kakršne so te v obravnavani zadevi, ne dopušča, da po uradni dolžnosti ugotavlja ničnost pogodbe, če se potrošnik na ničnost v postopku pred tem sodiščem ni skliceval; vendar pa mora nacionalno sodišče po uradni dolžnosti ugotavljati, ali je bil potrošnik poučen o svoji pravici do odstopa od pogodbe, in ga, če o njej ni bil poučen, obvestiti o pravicah, ki mu jih v tem primeru daje nacionalno pravo.