



Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
H. SAUGMANDSGAARD ØE
fremsat den 19. december 2018¹

Sag C-681/17

**slewo // schlafen leben wohnen GmbH
mod
Sascha Ledowski**

(anmodning om præjudiciel afgørelse indgivet af Bundesgerichtshof (forbundsdomstolen, Tyskland))

»Præjudiciel forelæggelse – forbrugerbeskyttelse – direktiv 2011/83/EU – artikel 6, stk. 1, litra k), og artikel 16, litra e) – aftale om fjernsalg – fortrydelsesret – undtagelser – forseglede varer, som af sundhedsbeskyttelses- eller hygiejnemæssige årsager ikke er egnede til at blive returneret – en madras, hvis beskyttelse er blevet fjernet efter levering, eventuelt omfattet – betingelser, der skal være opfyldt, for at en vare kan anses for forseglede – omfanget af forpligtelsen til at give forbrugeren oplysning om fortabelse af fortrydelsesretten«

I. Indledning

1. Denne anmodning om præjudiciel afgørelse, som er blevet indgivet af Bundesgerichtshof (forbundsdomstolen, Tyskland), vedrører fortolkningen af artikel 6, stk. 1, litra k), og artikel 16, litra e), i direktiv 2011/83/EU², der omhandler begrænsning af den fortrydelsesret, der i princippet tilkommer en forbruger ved indgåelse af en aftale om fjernsalg.

2. Anmodningen er blevet forelagt under en tvist angående den fortrydelsesret, der tilkommer en forbruger, som har købt en madras via et websted, og som vil returnere varen efter at have fjernet den beskyttende folie, som den havde været forsynet med ved leveringen.

3. Domstolen anmodes om at træffe afgørelse om, hvorvidt artikel 16, litra e), i direktiv 2011/83 skal fortolkes således, at undtagelsen i denne bestemmelse med hensyn til fortrydelsesret for så vidt angår »forseglede varer, som af sundhedsbeskyttelses- eller hygiejnemæssige årsager ikke er egnede til at blive returneret, og hvor forseglingen er blevet brudt efter leveringen«, omfatter varer – som f.eks. madrasser – som ganske vist ved brug kan komme i direkte kontakt med menneskekroppen, men som ved hensigtsmæssig rengøring atter kan gøres salgbare. Det er min opfattelse, at dette spørgsmål skal besvares benægtende.

¹ – Originalsprog: fransk.

² – Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2011/83/EU af 25.10.2011 om forbrugerrettigheder, om ændring af Rådets direktiv 93/13/EØF og Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 1999/44/EF samt om ophævelse af Rådets direktiv 85/577/EØF og Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 97/7/EF (EUT 2011, L 304, s. 64). Det bemærkes, at direktiv 85/577 af 20.12.1985 omhandlede forbrugerbeskyttelse i forbindelse med aftaler indgået uden for fast forretningssted (EFT 1985, L 372, s. 31), mens direktiv 97/7 af 20.5.1997 omhandlede forbrugerbeskyttelse i forbindelse med aftaler vedrørende fjernsalg (EFT 1997, L 144, s. 19).

4. Såfremt Domstolen måtte besvare det første spørgsmål bekræftende, anmodes den endvidere om at træffe afgørelse om, hvilke betingelser emballagen til varer af denne type skal opfylde, for at de kan anses for forseglede, således at fortrydelsesretten fortabes, såfremt forseglingen brydes, som omhandlet i artikel 16, litra e).

5. Domstolen skal i så fald endvidere tage stilling til de nærmere regler vedrørende de oplysninger, som den erhvervsdrivende skal give forbrugeren for så vidt angår de omstændigheder, hvorunder denne fortaber sin fortrydelsesret ifølge direktivets artikel 6, stk. 1, litra k).

II. Retsforskrifter

6. Følgende fremgår af 34., 37., 47. og 49. betragtning til direktiv 2011/83:

»(34) Den erhvervsdrivende bør give forbrugeren klare og forståelige oplysninger, inden forbrugeren er bundet af en aftale om fjernsalg [...]

(37) Da forbrugeren i forbindelse med fjernsalg ikke kan se varerne, inden aftalen indgås, bør forbrugeren have en fortrydelsesret. Af samme grund bør forbrugeren have lov til at afprøve og besigtige de varer, vedkommende har købt, i nødvendigt omfang til at fastslå varernes art, egenskaber og den måde, de fungerer på [...]

(47) Visse forbrugere gør fortrydelsesretten gældende efter at have brugt varerne mere end, hvad der er nødvendigt for at fastslå varernes art, egenskaber og den måde, de fungerer på. I sådanne tilfælde bør forbrugeren ikke miste sin fortrydelsesret, men bør hæfte for eventuel forringelse af varernes værdi. For at fastslå varernes art, egenskaber og den måde, de fungerer på, bør forbrugeren kun håndtere og besigtige dem på samme måde, som vedkommende ville have fået lov til i en forretning. Forbrugeren bør f.eks. kun prøve en beklædningsgenstand og bør ikke have lov til at have den på i længere tid. Forbrugeren bør derfor håndtere og besigtige varerne med behørig omhu indtil fortrydelsesfristens udløb. Forbrugers forpligtelser i tilfælde af fortrydelsesrettens udnyttelse bør ikke afskrække forbrugeren fra at udøve sin fortrydelsesret.

(49) Der bør være visse undtagelser fra bestemmelserne om fortrydelsesret for såvel aftaler om fjernsalg som aftaler indgået uden for fast forretningssted. Fortrydelsesret vil kunne være uhensigtsmæssig, f.eks. på grund af bestemte varers eller tjenesteydelsers karakter [...]«

7. Direktivets artikel 6, stk. 1, litra k), der bærer overskriften »Oplysningskrav for aftaler om fjernsalg og aftaler indgået uden for fast forretningssted«, bestemmer, at »[i]nden forbrugeren bindes af en aftale om fjernsalg [...], giver den erhvervsdrivende på en klar og forståelig måde forbrugeren« en række oplysninger, navnlig »såfremt fortrydelsesretten ikke finder anvendelse i henhold til artikel 16, oplysninger om, at forbrugeren ikke vil kunne gøre sin fortrydelsesret gældende, eller, hvor det er relevant, under hvilke omstændigheder forbrugeren mister sin fortrydelsesret«.

8. Direktivets artikel 9, der bærer overskriften »Fortrydelsesret«, bestemmer i stk. 1, at »[m]edmindre undtagelserne i artikel 16 finder anvendelse, har forbrugeren en frist på 14 dage til at fortryde en aftale om fjernsalg [...] uden angivelse af årsag og uden at pådrage sig andre omkostninger end dem, der er fastsat i artikel 13, stk. 2, og artikel 14«.

9. Direktivets artikel 16, litra e), der bærer overskriften »Undtagelser fra bestemmelserne om fortrydelsesret«, bestemmer følgende: »Medlemsstaterne må ikke give mulighed for at udøve fortrydelsesretten som omhandlet i artikel 9-15 i forbindelse med aftaler om fjernsalg [...] for så vidt angår [...] levering af forseglede varer, som af sundhedsbeskyttelses- eller hygiejnemæssige årsager ikke er egnede til at blive returneret, og hvor forseglingen er blevet brudt efter leveringen.«

III. Tvisten i hovedsagen, de præjudicielle spørgsmål og retsforhandlingerne for Domstolen

10. Sagsøgeren i hovedsagen, slewo // schlafen leben wohnen GmbH (herefter »slewo«), er en online-handelsvirksomhed, som bl.a. sælger madrasser.

11. Den 25. november 2014 bestilte Sascha Ledowski en madras til privat brug via slewos websted. De almindelige forretningsbetingelser, som var gengivet på fakturaen, indeholdt følgende »oplysninger om fortrydelsesret for forbrugere«: »Vi afholder udgifterne i forbindelse med tilbagelevering af varerne [...] Din fortrydelsesret bortfalder før tiden i følgende tilfælde: I forbindelse med aftaler om levering af forseglede varer, som af sundhedsbeskyttelses- eller hygiejnemæssige årsager ikke er egnede til at blive returneret, såfremt forseglingen er blevet brudt efter leveringen.« Ved leveringen var madrassen forsynet med en beskyttende folie, som Sascha Ledowski efterfølgende fjernede.

12. Ved e-mail af 9. december 2014 meddelte Sascha Ledowski slewo, at han ønskede at returnere den pågældende madras, og anmodede sælgeren om at arrangere transporten. Da hans anmodning ikke blev imødekommet, afholdt han selv udgifterne til transporten.

13. Sascha Ledowski anlagde sag med påstand om, at slewo skulle godtgøre ham salgsprisen og transportudgifterne, i alt 1 190,11 EUR, med tillæg af renter og dækning af de advokatombkostninger, der var opstået før retssagen.

14. Sascha Ledowski fik medhold ved den af Amtsgericht Mainz (byretten i Mainz, Tyskland)³ den 26. november 2015 afsagte dom. Dommen blev den 10. august 2016 stadfæstet af appelininstansen, Landgericht Mainz (appeldomstolen i Mainz), med den begrundelse, at en madras ikke er en hygiejneartikel⁴, og at forbrugeren følgelig havde fortrydelsesret selv efter, at beskyttelsesfolien var blevet fjernet.

15. Ifølge Bundesgerichtshof (forbundsdomstol), der behandler den af slewo iværksatte revisionsappel, afhænger udfaldet af tvisten i hovedsagen af fortolkningen af bestemmelserne i artikel 6, stk. 1, litra k), og artikel 16, litra e), i direktiv 2011/83. Ved afgørelse af 15. november 2017, indgået til Domstolen den 6. december 2017, har retten derfor besluttet at udsætte sagen og at forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»1) Skal artikel 16, litra e), i [direktiv 2011/83] fortolkes således, at de deri nævnte varer, som af sundhedsbeskyttelses- eller hygiejnemæssige årsager ikke er egnede til at blive returneret, også omfatter varer (som f.eks. madrasser), som ganske vist ved tilsigtet anvendelse kan komme i direkte kontakt med menneskekroppen, men som ved hensigtsmæssige (rengørings)foranstaltninger fra den erhvervsdrivendes side atter kan gøres salgbare?

2) Såfremt det første spørgsmål besvares bekræftende:

a) Hvilke betingelser skal en vares emballage opfylde, for at der kan tales om en forsegling som omhandlet i artikel 16, litra e), i [direktiv 2011/83]? [...]

3 – Dommen er tilgængelig på følgende internetadresse:
https://beck-online.beck.de/Dokument?vpath=bibdata%2Fents%2Fbeckrs%2F2016%2Fcont%2Fbeckrs.2016_127864.htm (jf. særligt præmis 21 ff.).

4 – I den forstand, hvori dette udtryk anvendes i § 312g, stk. 2, første punktum, nr. 3, i Bürgerliches Gesetzbuch (borgerlig lovbog, herefter »BGB«), hvis ordlyd svarer til ordlyden af artikel 16, litra e), i direktiv 2011/83.

- b) [S]kal de oplysninger, som den erhvervsdrivende skal give, inden forbrugeren bindes af aftalen i henhold til artikel 6, stk. 1, litra k), i [direktiv 2011/83], gives på en sådan måde, at forbrugeren med konkret henvisning til varen (her: en madras) og den anbragte forsegling gøres opmærksom på, at [den pågældende forbruger] mister sin fortrydelsesret, hvis forseglingen fjernes?»

16. Der er blevet indgivet skriftlige indlæg af slewo, Sascha Ledowski, den belgiske og den italienske regering samt Europa-Kommissionen. Der er ikke blevet afholdt retsmøde.

IV. Bedømmelse

17. Indledningsvis bemærkes, at det andet præjudicielle spørgsmål, der omfatter to led, kun er blevet forelagt for det tilfælde, at Domstolen måtte besvare det første præjudicielle spørgsmål bekræftende. Da dette imidlertid efter min opfattelse bør besvares benægtende, anser jeg det for ufornuddent, at Domstolen tager stilling til det andet spørgsmål. For fuldstændighedens skyld og i betragtning af, at den problemstilling, som spørgsmålet rejser, ikke er blevet behandlet tidligere, vil jeg imidlertid ligeledes fremføre bemærkninger til det.

A. Begrebet »forseglede varer, som af sundhedsbeskyttelses- eller hygiejnemæssige årsager ikke er egnede til at blive returneret« i artikel 16, litra e), i direktiv 2011/83 (det første spørgsmål)

18. Inden jeg indleder min gennemgang af det første præjudicielle spørgsmål som sådan, anser jeg det for hensigtsmæssigt at fremhæve nogle væsentlige aspekter, der vedrører den foreliggende præjudicielle anmodning generelt.

19. Det bemærkes *for det første*, at anmodningen vedrører et *helt specifikt område* inden for forbrugerbeskyttelsen, såvel i retlig som i praktisk henseende, nemlig aftaler om fjernsalg, som er genstanden for specielle bestemmelser i direktiv 2011/83⁵, selv om disse aftaler ligeledes er omfattet af direktivets generelle regler.

20. Det følger således nærmere bestemt af artikel 9, at forbrugere ved aftaler af denne type principielt har en fortrydelsesret⁶, der omfatter ret til fuld godtgørelse, undtagen hvis varen har været udsat for overdreven brug, idet denne ret er begrundet i de særlige vanskeligheder, som enhver køber står over for ved indgåelse af en aftale om fjernsalg. Som det nemlig fremgår af 37. og 47. betragtning til direktivet, har forbrugerne i så tilfælde ikke mulighed for at se og afprøve den vare, som de er interesserede i, inden den bestilles og modtages, hvorfor de indrømmes en frist til at overveje og eventuelt gøre brug af fortrydelsesretten efter at have besigtiget den leverede vare, uanset at de erhvervsdrivende også er beskyttet mod eventuelt misbrug af denne ret⁷. Ifølge disse betragtninger har forbrugerne således mulighed for at afprøve og besigtige den købte vare, men kun i nødvendigt omfang til at fastslå varernes art, egenskaber og den måde, de fungerer på⁸.

5 – Specielle bestemmelser, der til dels overlapper de bestemmelser, der finder anvendelse på aftaler indgået uden for faste forretningssteder (jf. navnlig direktivets artikel 6 ff.).

6 – Fortrydelsesret, der udøves på de betingelser, der er fastsat i direktivets artikel 9-15.

7 – Det blev understreget i dom af 3.9.2009, Messner (C-489/07, EU:C:2009:502, præmis 20 og 25), der angik direktiv 97/7, som er blevet erstattet af direktiv 2011/83, at reglerne om fortrydelsesret er »tiltænkt at skulle kompensere for den ulempe, der for forbrugeren følger af en fjernsalgsaftale, idet den pågældende indrømmes en passende betænkningstid til at undersøge og afprøve det erhvervede gode«, men uden »at tildele denne rettigheder, der går ud over det, der er nødvendigt for, at han effektivt kan udøve sin fortrydelsesret«.

8 – Jf. artikel 14, stk. 2, i direktiv 2011/83, samt dets 47. betragtning, der præciserer den omhu, som forbrugeren skal udvise i forbindelse med denne undersøgelse, idet der som eksempel nævnes en beklædningsgenstand, som forbrugeren kun må prøve, men ikke må have på i længere tid.

21. Direktivets artikel 16 indeholder imidlertid nærmere angivne undtagelser fra bestemmelserne om fortrydelsesret, idet litra e) udelukker levering af »forseglede varer«, som »af sundhedsbeskyttelses- eller hygiejnemæssige årsager ikke er egnede til at blive returneret«⁹, når »forseglingen er blevet brudt efter leveringen«. Det bemærkes allerede her, at det er min opfattelse, at disse begreber utvivlsomt er indbyrdes forskellige, men ikke desto mindre er nært forbundne, og at de udgør kumulative betingelser for anvendelsen af denne bestemmelse. Samme direktivs artikel 6, stk. 1, litra k), pålægger den erhvervsdrivende, inden indgåelsen af aftalen om fjernsalg, at give forbrugeren oplysning navnlig om undtagelsen fra fortrydelsesretten i dets artikel 16, litra e).

22. *For det andet* vil jeg henvise til visse EU-retlige *fortolkningsprincipper*, som gælder for samtlige de spørgsmål, som den forelæggende ret har stillet.

23. Det fremgår dels af Domstolens faste praksis, at der ved fortolkningen af EU-retlige bestemmelser, der ikke indeholder henvisning til medlemsstaternes ret, således som det er tilfældet med hensyn til de bestemmelser, som den foreliggende sag angår, ikke blot skal tages hensyn til bestemmelsernes ordlyd, men også til den sammenhæng, hvori de indgår, og de mål, der forfølges med den ordning, som de udgør en del af¹⁰.

24. Det følger dels af de EU-retlige bestemmelser, som i henhold til artikel 169 TEUF har til formål at bidrage til et velfungerende indre marked ved at opnå et højt forbrugerbeskyttelsesniveau, således som de her omhandlede bestemmelser¹¹, at der skal gives forrang til en fortolkning, der i videst muligt omfang¹² ikke hindrer opfyldelsen af dette formål¹³ og tager hensyn til den svagere stilling, som forbrugeren må antages at befinde sig i, i sammenligning med den erhvervsdrivende¹⁴.

25. Det fremgår endelig af Domstolens praksis, at EU-retlige bestemmelser, der har karakter af en undtagelse, og navnlig bestemmelser, der begrænser de rettigheder, der er blevet tillagt af beskyttelseshensyn, ikke kan føre til en fortolkning, der rækker ud over de tilfælde, som det pågældende instrument har for øje¹⁵, uden at denne strenge fortolkning må være til skade for den således fastsatte begrænsnings effektive virkning og tilsidesætte dens formål¹⁶. I lighed med den forelæggende ret finder jeg, at de bestemmelser i direktiv 2011/83, som den foreliggende præjudicielle anmodning angår, skal fortolkes strengt, idet de udgør en undtagelse fra den almindelige regel om, at forbrugerne principielt har fortrydelsesret, når de indgår fjernsalgsaftaler. Det bemærkes, at denne betragtning ligeledes fremgår af den vejledning til direktivet, som er blevet offentliggjort af Kommissionens Generaldirektorat for Retlige Anliggender¹⁷.

26. Den foreliggende præjudicielle anmodning skal vurderes under hensyn til samtlige disse betragtninger.

9 – Jf. ligeledes 49. betragtning til direktivet, hvorefter »[f]ortrydelsesret vil kunne være uhensigtsmæssig, f.eks. på grund af bestemte varers [...] karakter«.

10 – Jf. bl.a. dom af 7.8.2018, *Verbraucherzentrale Berlin* (C-485/17, EU:C:2018:642, præmis 27), og af 17.10.2018, *Günter Hartmann Tabakvertrieb* (C-425/17, EU:C:2018:830, præmis 18).

11 – Dette formål fremgår såvel af 3., 4. og 65. betragtning til direktiv 2011/83 som af dets artikel 1.

12 – Det bemærkes, at fortolkningen af de forskellige EU-retlige instrumenter, der søger at opfylde dette formål, kan variere afhængig af de forskellige måder, hvorpå de hver især søger at opfylde det (jf. bl.a. dom af 19.9.2018, *Bankia*, C-109/17, EU:C:2018:735, præmis 36 ff.).

13 – Jf. bl.a. dom af 13.9.2018, *Starman* (C-332/17, EU:C:2018:721, præmis 26-30), og af 25.10.2018, *Tänzer & Trasper* (C-462/17, EU:C:2018:866, præmis 28 og 29).

14 – Jf. bl.a. dom af 13.9.2018, *Wind Tre og Vodafone Italia* (C-54/17 og C-55/17, EU:C:2018:710, præmis 54), og af 4.10.2018, *Kamenova* (C-105/17, EU:C:2018:808, præmis 34), hvori det på ny anføres, at »forbrugeren må anses for at være mindre oplyst, økonomisk svagere og juridisk set mindre erfaren end sin medkontrahent«.

15 – Jf. bl.a. dom af 25.1.2018, *Schrems* (C-498/16, EU:C:2018:37, præmis 27), og af 20.9.2018, *OTP Bank og OTP Faktoring* (C-51/17, EU:C:2018:750, præmis 54).

16 – Jf. bl.a. dom af 1.3.2012, *González Alonso* (C-166/11, EU:C:2012:119, præmis 26 og 27), og af 27.9.2017, *Nintendo* (C-24/16 og C-25/16, EU:C:2017:724, præmis 73 og 74).

17 – Jf. punkt 6.8, s. 61 og 62, i dette dokument fra juni 2014 (tilgængeligt på følgende internetadresse: https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/crd_guidance_fr.pdf).

27. Med sit *første spørgsmål* ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om begrebet *varer*, som »af sundhedsbeskyttelses- eller hygiejnemæssige årsager ikke er egnede til at blive returneret«, i artikel 16, litra e), i direktiv 2011/83 skal fortolkes således, at denne bestemmelse omfatter varer, såsom madrasser, der kan komme i direkte kontakt med menneskekroppen, når de anvendes efter hensigten, men som den erhvervsdrivende ved hensigtsmæssig rengøring atter kan gøre salgbare.

28. Der synes at være to modsatrettede opfattelser om dette spørgsmål. Ifølge den første af disse, som støttes af slewo og den belgiske regering, bør forbrugeren ikke have fortrydelsesret under de omstændigheder, som dette spørgsmål angår. Ifølge den anden opfattelse, som den forelæggende ret, Sascha Ledowski, den italienske regering og Kommissionen derimod støtter, bør forbrugeren ikke miste muligheden for at udøve sin fortrydelsesret i et sådant tilfælde. Jeg deler denne opfattelse af følgende grunde.

29. Indledningsvis bemærkes, at uanset at der blevet rejst tvivl herom i de indlæg, der er blevet indgivet til Domstolen, finder jeg, at det er nødvendigt først at nå til enighed om, hvorvidt madrasser faktisk er varer, som »ved tilsigtet anvendelse kan komme i direkte kontakt med menneskekroppen«, således som det hævdes i det forelagte spørgsmål. En sådan kvalificering giver ikke anledning til diskussion om prøve af en beklædningsgenstand, der er den type vare, der er nævnt som eksempel i 47. betragtning til direktivet. Selv om det er korrekt, at en madras ved sædvanlig anvendelse normalt som minimum er dækket af et lagen, kan det imidlertid ikke udelukkes, at en forbruger kortvarigt prøver madrassen, efter at have pakket den ud af den emballage, som den blev leveret i, ved at lægge sig på den uden at tildække den. Det bemærkes i øvrigt, at såfremt den forelæggende ret er enig i denne forudsætning, tilkommer det efter min opfattelse ikke Domstolen at anfægte denne, idet der er tale om en vurdering af de faktiske omstændigheder¹⁸.

30. Det fremgår endvidere af formuleringen af det præjudicielle spørgsmål, at Domstolen, foruden det særlige tilfælde vedrørende madrasser, som det, der er genstand for tvisten i hovedsagen, anmodes om at tage stilling til, hvorvidt forbrugeren bør fortabe sin fortrydelsesret i tilfælde af, at forseglingen af en vare, der kan komme i direkte kontakt med kroppen¹⁹, er blevet brudt efter leveringen, og denne følgelig må antages at have været brugt, herunder når sælgeren af varen kan træffe hensigtsmæssige rengøringsforanstaltninger med henblik på, at den kan sælges på ny uden at indebære risiko for helbred eller hygiejne²⁰.

31. Den forelæggende ret har til støtte for, at spørgsmålet bør besvares bekræftende, henvist til den opfattelse, som er blevet fremført i en del af den tyske juridiske litteratur²¹, og har anført, at formuleringen »ikke er egnede til at blive returneret« eventuelt kan betyde, at det afgørende er selve varens tilstand, efter at forbrugeren har fjernet forseglingen, og ikke hvorvidt den erhvervsdrivende efterfølgende ved hjælp af rengøringsforanstaltninger kan bringe varen i en sådan stand, at den igen

18 – Jf. bl.a. dom af 20.3.1997, Phytheron International (C-352/95, EU:C:1997:170, præmis 12 og 14), og af 13.2.2014, Maks Pen (C-18/13, EU:C:2014:69, præmis 30), der angik kompetencefordelingen mellem den forelæggende ret og Domstolen for så vidt angik de faktiske omstændigheder i en præjudiciel forelæggelse, samt begrundelserne herfor.

19 – Af hensyn til forudsigeligheden og retssikkerheden, hvilke hensyn slewo ligeledes har påberåbt sig til støtte for, at der ikke skal foretages en konkret vurdering i den enkelte sag, er det efter min opfattelse reelt ønskeligt, såfremt Domstolens fortolkning ikke er begrænset til at omfatte de særlige omstændigheder i den foreliggende sag, nemlig den specielle kategori madrasser, men ligeledes omfatter de tilsvarende eksempler, som den forelæggende ret har anført.

20 – Selv om det foreliggende præjudicielle spørgsmål ikke først og fremmest angår betydningen af begreberne »sundhedsbeskyttelse« og »hygiejne« i artikel 16, litra e), i direktiv 2011/83, bemærkes imidlertid, at disse udtryk efter min opfattelse henviser til forskellige omstændigheder, og at en fortolkning af denne bestemmelse i overensstemmelse med den første af begrundelserne for, at fortrydelsesretten fortabes, så meget desto mere vil være gældende for den anden, idet det er åbenbart, at en sundhedsrisiko er mere alvorlig end en tilsidesættelse af hygiejnehensyn.

21 – Den forelæggende ret har i denne forbindelse bl.a. henvist til C. Wendehorst, »§ 312g«, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, redigeret af F.J. Säcker m.fl., bind 2, 7. udg., Beck, München, 2016, afsnit 24 ff. Jf. modsat bl.a. M. Schirmbacher og S. Schmidt, »Verbraucherrecht 2014 – Handlungsbedarf für den E-Commerce«, *Computer und Recht*, 2014, s. 112, samt S. Lorenz, »BGB – § 312g«, *Beck-online.Grosskommentar*, Beck, München, 2018, afsnit 26 ff.

kan udbydes til salg. Den belgiske regering har i lighed hermed gjort gældende, at en eventuel mulighed for rengøring af de varer, som artikel 16, litra e), i direktiv 2011/83 omhandler, ikke er et kriterium, som fremgår af denne bestemmelse, og at denne bør fortolkes strengt, idet den indeholder en undtagelse.

32. Det er imidlertid min opfattelse, at da hverken ordlyden af direktiv 2011/83 eller forarbejderne²² til det indeholder præcise oplysninger, bør denne bestemmelse fortolkes strengt, men i overensstemmelse med det formål, som lovgiver har fastsat²³, nemlig at sikre en forbruger, der har indgået en fjernsalgsaftale, et højt beskyttelsesniveau, idet denne principielt får mulighed for at afprøve den vare, som vedkommende har købt uden at have set den og kan returnere den, såfremt forbrugeren ikke er tilfreds med den, efter at have prøvet den. Det er min opfattelse, at en fortolkning, hvorefter anvendelsesområdet for undtagelser fra fortrydelsesretten begrænses, således bør foretrækkes, dvs. en fortolkning, hvorefter en forbruger skal kunne returnere en vare, der atter kan gøres salgbar ved hjælp af rengøring, idet dette ikke pålægger den erhvervsdrivende en uforholdsmæssig byrde²⁴, og ikke den modsatte fortolkning, der begrænser forbrugerens muligheder for at gøre brug af fortrydelsesretten.

33. Jeg er følgelig enig med den forelæggende ret i, at fortrydelsesretten ikke bør udelukkes i henhold til den omhandlede artikel 16, litra e), medmindre varen, efter at forseglingen er blevet fjernet, afgjort ikke længere er i salgbar stand som følge af reelle sundhedsbeskyttelses- eller hygiejnemæssige årsager, fordi det som følge af selve den omhandlede vares karakter er umuligt for den erhvervsdrivende at træffe foranstaltninger, som gør det muligt på ny at udbyde varen til salg, uden at det indebærer risiko for nogen af disse afgørende hensyn²⁵.

34. For så vidt angår den foreliggende sag antager denne ret, efter min opfattelse korrekt, at en madras, som forbrugeren har returneret efter at have fjernet forseglingen, således at den eventuelt har været benyttet, på ingen måde definitivt indebærer, at den ikke er salgbar, hvilket successive gæsters benyttelse af hotelsenge, markedet for brugte madrasser og muligheden for at rense brugte madrasser viser. I denne forbindelse er det min opfattelse, at en madras kan sidestilles med en beklædningsgenstand, som lovgiver udtrykkeligt har fundet kan returneres til den erhvervsdrivende²⁶, selv efter at en eventuel prøve indebærer en direkte kontakt med kroppen, fordi det må antages, at en sådan vare kan vaskes med henblik på igen at kunne udbydes til salg, uden at det indebærer en risiko for sundheden eller hygiejnen.

35. Det bemærkes, at for det tilfælde, at en vare har været genstand for en uforholdsmæssig brug, uanset på hvilken måde, under forbrugerens afprøvning af den, giver muligheden for at denne ifalder ansvar som nævnt i 47. betragtning, og som det fremgår af samme direktivs artikel 14, stk. 2, adgang til at afhjælpe »værdiforringelsen« af den omhandlede vare²⁷. Da sidstnævnte bestemmelse giver

22 – Jf. specielt Kommissionens forslag af 8.10.2008, der mandede ud i vedtagelsen af direktiv 2011/83 (KOM(2008) 614 endelig udg., særligt s. 31, artikel 19, stk. 1, om undtagelser fra bestemmelserne om fortrydelsesret ved fjernsalg, der ikke indeholdt den omhandlede undtagelse); Det Økonomiske og Sociale Udvalgs udtalelse om dette forslag (EUT 2009, C 317, s. 59), særligt punkt 5.5.4, der nævner muligheden for en sådan undtagelse, samt Europa-Parlamentets betænkning af 22.2.2011 vedrørende dette forslag [A7-0038-2011, særligt s. 74, vedrørende ændringsforslag 130, der uden nogen begrundelse førte til indføjeligheden af den bestemmelse, der blev litra e) i den nuværende artikel 16]. Ifølge P. Rott, »More coherence? A higher level of consumer protection? A review of the new Consumer Rights Directive 2011/83/EU«, *Revue européenne de droit de la consommation*, 2012, nr. 3, s. 381, imødekommer denne undtagelse anmodninger fra kosmetikindustrien.

23 – Ifølge de fortolkningsregler, der er nævnt i punkt 23 ff. i dette forslag til afgørelse.

24 – Som det fremgår af fjerde betragtning, søger bestemmelserne i direktiv 2011/83 om aftaler vedrørende fjernsalg at »fremme et reelt indre marked for forbrugerne og sikre den rette balance mellem et højt forbrugerbeskyttelsesniveau og virksomhedernes konkurrenceevne« (min fremhævelse).

25 – Det er efter min opfattelse korrekt, når den forelæggende ret nævner, at »[d]ette [f.eks. kan] være tilfældet, når det efter den almindelige opfattelse af sundhedsmæssige årsager (lægemidler, der er taget hul på) eller ud fra hygiejniske aspekter (tandbørste, læbestift, erotiske artikler) som udgangspunkt ikke kommer i betragtning, at tredjemand anvender varen på ny, og den heller ikke ved foranstaltninger fra den erhvervsdrivendes side såsom rengøring eller desinfektion vil kunne sælges igen som brugt vare, returware eller lignende«.

26 – Jf. for så vidt angår erstatning til den erhvervsdrivende i en sådan situation bl.a. dom af 3.9.2009, Messner (C-489/07, EU:C:2009:502, præmis 29), vedrørende direktiv 97/7, der blev erstattet af direktiv 2011/83, og af 2.3.2017, Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs Frankfurt am Main (C-568/15, EU:C:2017:154, præmis 24 og 26).

27 – Det fremgår af artikel 14, stk. 2, at »[f]orbrugeren [kun hæfter] for eventuel forringelse af varernes værdi, som skyldes anden håndtering af varerne, end hvad der er nødvendigt for at fastslå varernes art, egenskaber og den måde, de fungerer på«.

forbrugeren fortrydelsesret og ret til at returnere en vare, selv om den er blevet forringet – idet denne i givet fald skal yde erstatning til den erhvervsdrivende – bekræfter det efter min mening opfattelsen af, at den omhandlede artikel 16, litra e), kun omfatter situationer, hvor det er fuldstændig umuligt, at en vare på ny bliver salgbar, uden at det indebærer en reel risiko for sundheden eller hygiejnen.

36. Det bemærkes endvidere, at den teleologiske og systematiske fortolkning, som jeg anbefaler, ikke kan antages at være til hinder for den effektive virkning af undtagelsen i artikel 16, litra e)²⁸, idet uforseglede varer, der ville kunne indebære uoprettelig skade for sundheden eller hygiejnen i forbindelse med en sædvanlig afprøvning, som forbrugeren foretager, fortsat er udelukket fra videresalg i overensstemmelse med denne bestemmelses formål.

37. Det er efter min opfattelse ikke til hinder for den ovenfor anførte analyse, at den tidligere nævnte vejledning²⁹, som den forelæggende ret har henvist til, nævner madrasser som et af flere eksempler på varer, som eventuelt ikke kan returneres af sundhedsbeskyttelses- eller hygiejnemæssige årsager³⁰ som omhandlet i artikel 16, litra e), og som følgelig er undtaget fra bestemmelsen om fortrydelsesret, såfremt forseglingen er blevet brudt efter levering. Det bemærkes således, at der ikke gives nogen begrundelse for dette eksempel til støtte for en sådan betragtning. Selv om dette dokument især kan bidrage med nyttige oplysninger til afklaring af direktivets indhold, er det imidlertid ikke bindende i relation til fortolkningen af det, hvilket udtrykkeligt fremgår af præamblen³¹. Endelig bemærkes, at Kommissionen i øvrigt selv har valgt at støtte den modsatte opfattelse under den foreliggende sag.

38. Det er følgelig min opfattelse, at direktivets artikel 16, litra e), skal fortolkes således, at udtrykket »forseglede varer, som af sundhedsbeskyttelses- eller hygiejnemæssige årsager ikke er egnede til at blive returneret«, i denne bestemmelse ikke omfatter varer – såsom madrasser – som ganske vist ved tilsigtet anvendelse kan komme i direkte kontakt med menneskekroppen, men som ved hensigtsmæssige foranstaltninger fra den erhvervsdrivendes side, navnlig rengøring, atter kan gøres salgbare.

B. Begrebet »forseglede« varer i artikel 16, litra e), i direktiv 2011/83 [det andet spørgsmål, litra a)]

39. Da det andet præjudicielle spørgsmål, navnlig dets første led, udelukkende forelægges for det tilfælde, at Domstolen måtte besvare det første præjudicielle spørgsmål bekræftende, hvilket jeg ikke finder bør være tilfældet, er mine betragtninger angående dette led rent subsidiære.

40. Med sit andet spørgsmåls litra a) ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, hvilke kendetegn er vare skal frembyde, for at det kan antages, at der er tale om en »forsegling« som omhandlet i artikel 16, litra e), i direktiv 2011/83, for det tilfælde, at den omhandlede vare er omfattet af kategorien varer, »som af sundhedsbeskyttelses- eller hygiejnemæssige årsager ikke er egnede til at blive returneret«, der er genstand for undtagelsen fra fortrydelsesretten i denne bestemmelse³². Det

28 – I overensstemmelse med den retspraksis, der er nævnt i fodnote 16 i dette forslag til afgørelse.

29 – Jf. det dokument, der er nævnt i fodnote 17 i dette forslag til afgørelse (punkt 6.8.2, s. 62).

30 – I dokumentet nævnes ligeledes »kosmetikprodukter som f.eks. læbestifter«, i hvilken forbindelse det præciseres: »For andre kosmetikprodukter, som ikke kan anses for at være forseglet af sundhedsbeskyttelses- eller hygiejnemæssige årsager, kan den erhvervsdrivende give forbrugeren en anden måde at afprøve dem på som i en forretning, f.eks. ved at vedlægge produktet en gratis prøve. På den måde vil forbrugeren ikke være nødt til at åbne emballagen for at udøve deres ret til at fastslå varens art og egenskaber.«

31 – Hvori det hedder: »Dette dokument er ikke juridisk bindende og er kun vejledende. Den autoritative fortolkning af EU-retten henhører under Den Europæiske Unions Domstol (Domstolen). Dette dokument er ikke en formel fortolkning af EU-retten [...]. Ansvar for denne vejledning ligger udelukkende hos [Kommissionens Generaldirektorat] for Retlige Anliggender.«

32 – Kommissionen anbefaler, at spørgsmålet omformuleres, idet den gør gældende, at »formålet med en præjudiciel forelæggelse ikke er at udøve responderende virksomhed vedrørende generelle eller hypotetiske spørgsmål, men er et objektivt behov i forbindelse med løsningen af en retstvist«, i hvilken forbindelse den navnlig har henvist til dom af 16.12.1981, Foglia (244/80, EU:C:1981:302, præmis 18). Efter min opfattelse er den foreslåede omformulering imidlertid ikke nødvendig, idet jeg finder, at det er ufornuddigt at besvare spørgsmålet, således som det er blevet forelagt af den nationale ret, for at sætte den i stand til at afgøre den tvist, der verserer for den (jf. bl.a. dom af 1.2.2017, Município de Palmela, C-144/16, EU:C:2017:76, præmis 20).

fremgår af afgørelsens præmisser, at den nationale ret nærmere bestemt spørger om, hvorvidt varer af denne type skal være emballeret således, at »det ikke kun [...] sikres, at den brudte forsegling ikke kan genetableres, men det derudover [...] klart [fremgår] af omstændighederne (f.eks. ved en påtrykt tekst »segl«), at der ikke blot er tale om en transportemballage, men om en forsegling af sundhedsbeskyttelses- eller hygiejnemæssige årsager«.

41. Jeg er af den opfattelse, at det forelagte spørgsmål og dets begrundelse rejser to forskellige problemer, således som det fremgår af de indlæg, der er blevet indgivet til Domstolen³³. Den forelæggende ret spørger dels om, hvilke fysiske egenskaber en emballage skal opfylde, for at den kan kvalificeres som »forseglet« i den forstand, hvori dette udtryk anvendes i artikel 16, litra e), i direktiv 2011/83, dels om, hvorvidt det eventuelt er nødvendigt at påføre emballagen en klar markering, der gør forbrugeren opmærksom på, at der er tale om en forsegling.

42. For så vidt angår de *fysiske egenskaber*, som en emballage skal opfylde for at kunne kvalificeres som »forseglet« i den forstand, hvori dette udtryk anvendes i direktivets artikel 16, litra e), bemærkes *for det første*, at begrebet ikke er defineret i det nævnte direktiv³⁴. Det er mit indtryk, at forarbejderne heller ikke bidrager med yderligere oplysninger om, hvorledes dette begreb skal forstås³⁵.

43. Det fremgår af den tidligere nævnte vejledning, at der skal være »ægte sundhedsbeskyttelses- eller hygiejnemæssige årsager til at bruge en forsegling, som kan bestå af beskyttende indpakning eller folie«³⁶. Det er min opfattelse, at det i formuleringens indledning med rette udelukkes, at erhvervsdrivende frit kan gøre undtagelser fra fortrydelsesretten ved at anbringe segl, der ikke af de nævnte årsager er begrundet i varernes karakter³⁷, hvorved bemærkes, at der kun helt ekstraordinært kan gøres undtagelse fra denne ret, som principielt tilkommer forbrugeren³⁸. Dokumentet besvarer derimod ikke spørgsmålet om, hvilke fysiske egenskaber der kræves af den omhandlede emballage eller beskyttelsesfolie for at kravene i artikel 16, litra e), er opfyldt.

44. Jeg er, i lighed med hvad slewo³⁹, den belgiske regering⁴⁰ og Kommissionen nærmere har foreslået i denne henseende, af den opfattelse, at man bør henholde sig strengt til det formål, som den i litra e) omhandlede »forsegling« skal varetage. Formålet med denne bestemmelse er efter min opfattelse at udelukke fortrydelsesret for så vidt angår alle varer, der skal være forseglet af reelle

33 – Det bemærkes, at den af slewo anførte argumentation vedrører begge problemstillinger, mens den belgiske og den italienske regering samt Kommissionen navnlig har lagt vægt på den første af disse. Sascha Ledowski har ikke fremsat bemærkninger til det andet præjudicielle spørgsmål med den begrundelse, at det første spørgsmål bør besvares benægtende.

34 – I lighed med, hvad slewo har anført, er det min opfattelse, at dette begreb ikke nødvendigvis er det samme som det, der med en tilsvarende formulering optræder i en anden sammenhæng i artikel 16, litra i), og som omhandler »levering af plomberede lyd- eller billedoptagelser eller computer-software, som forbrugeren har brudt plomberingen på«. I dette tilfælde fremgår det af den vejledning, der er nævnt i fodnote 17 i dette forslag til afgørelse, at forbrugeren ikke har adgang til at »afprøve« det digitale indhold på forseglede fysiske datamedier (CD, DVD osv.), inden fortrydelsesfristen udløber (punkt 12.2, s. 74). Jeg finder, at udelukkelse af adgangen til at returnere varen, efter at forseglingen er brudt, i dette tilfælde skyldes årsager (såsom muligheden for, at den er blevet anvendt én gang, eller at dens indhold er blevet kopieret), adskiller sig fra årsager, der angår påvirkning af varens tilstand som sådan (sundheds- eller hygiejnemæssige årsager), hvilke begrunder undtagelsen i samme artikels litra e).

35 – Det bemærkes navnlig, at der ikke er redegjort for betydningen af udtrykket »forsegled« i de afsnit i Kommissionens forslag og Parlamentets betænkning, der er nævnt i fodnote 22 i dette forslag til afgørelse.

36 – Jf. punkt 6.8.2, s. 62, i det i fodnote 17 nævnte dokument.

37 – S. Karstoft, *Forbrugeraftaleloven med kommentarer*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København, 2018, s. 461, antager således, at det af sundheds- eller hygiejnemæssige årsager snarere er begrundet at forsegle varer af intim karakter, såsom f.eks. undertøj eller badetøj, end madrasser.

38 – Jf. ligeledes punkt 25 i dette forslag til afgørelse.

39 – Ifølge slewo skal der sondres mellem »yderemballage«, der har til formål at undgå, at en vare beskadiges under opbevaring eller transport, såsom en æske til ansigtscreme, og »emballage med hygiejnemæssigt formål«, såsom den aftagelige folie af metal eller plastik, der sædvanligvis findes under cremekrukkens låg. Specielt hvad angår madrasser, der er beskyttet af såvel en papemballage som en tilsvejet plastikfolie, er det alene sidstnævnte, der udgør en »forsegling« som omhandlet i artikel 16, litra e), idet denne sikrer varens hygiejne.

40 – Ifølge den belgiske regering »bør udtrykket »forseglet« forstås således, at det indebærer en særlig emballeringsforanstaltning, som den erhvervsdrivende har truffet med henblik på at emballere varen, således at ingen vil kunne åbne denne, uden at dette vil blive bemærket, og at åbning af den forseglede vare indebærer, at en sælger, som modtager varen retur, skal gentage denne særlige foranstaltning for på ny at forsegle varen«.

sundhedsbeskyttelses- eller hygiejnemæssige årsager, og dermed udelukke, at forbrugeren returnerer sådanne varer til den erhvervsdrivende, idet deres værdi lidet et uopretteligt tab, når beskyttelsesemballagen først er blevet fjernet i relation til hygiejnemæssige eller sågar sundhedsmæssige garantier, således at de ikke kan markedsføres på ny⁴¹.

45. Efter min opfattelse er det derfor nødvendigt, at en beskyttelsesfolie på betryggende måde kan garantere renheden af den vare, den indeholder, for at den kan anses for at være »forseglet« i denne bestemmelses forstand. Dette kriterium forudsætter, at emballagen er tilstrækkelig holdbar til at kunne sikre den, og at den ikke kan åbnes, uden at det er synligt, at den er blevet beskadiget, således at det klart fremgår, at forbrugeren har afprøvet den omhandlede vare. Som eksempel kan nævnes, at en tilsvejet plastikfolie eller metalmembran, der bevidst er blevet åbnet og følgelig ikke kan føres tilbage til sin oprindelige tilstand, ville opfylde disse krav.

46. Derimod forekommer det mig uforholdsmæssigt, at en emballage kun kan kvalificeres således, hvilket den italienske regering tilsyneladende har foreslået, såfremt den kan garantere, »at varen er aseptisk, således som det er tilfældet med steriliseret udstyr«⁴². Artikel 16, litra e), i direktiv 2011/83 henviser således ganske vist til »sundhedsbeskyttelses- eller hygiejnemæssige årsager«, men der nævnes ligeledes rent »hygiejnemæssige« årsager, der efter min opfattelse ikke kan begrunde, at de erhvervsdrivende skal foretage en så stor økonomisk investering som den, der vil følge af en forpligtelse til at anbringe alle varer, der kan være omfattet af denne bestemmelse, i en sådan aseptisk, eller sågar steril, emballage.

47. For så vidt angår en eventuel *speciel mærkning*, der som anført af den forelæggende ret skal anføres på emballager, der kan udgøre »forsegling« som omhandlet i artikel 16, litra e)⁴³, bemærkes *for det andet*, at jeg er enig med slewo og Kommissionen i betragtningen om, at der ikke er nogen indikationer for at kræve et sådant visuelt kriterium opfyldt med henblik på anvendelsen af denne bestemmelse foruden de ovenfor nævnte fysiske egenskaber, som disse emballager efter min opfattelse skal have.

48. Det fremgår således hverken af ordlyden af litra e), de tilstødende bestemmelser eller forarbejderne⁴⁴, at ophavsmændene til direktiv 2011/83 har haft til hensigt at pålægge den erhvervsdrivende en oplysningspligt for tiden efter aftalens indgåelse i relation til fortrydelsesretten⁴⁵. Såfremt EU-lovgiver havde anset det for nødvendigt, at forbrugeren ved leveringen informeres ved hjælp af oplysninger på den solgte vares emballage, ville denne utvivlsomt ikke have undladt at stille krav herom i lighed med, hvad der fremgår af andre instrumenter på forbrugerbeskyttelsesområdet⁴⁶.

49. For det tilfælde, at Domstolen måtte træffe afgørelse om det andet præjudicielle spørgsmåls litra a), bør besvarelsen efter min opfattelse være, at »forseglede« varer som omhandlet i artikel 16, litra e), i direktiv 2011/83, omfatter varer, der er anbragt i en emballage, hvis åbning er irreversibel, således at det klart fremgår, at den omhandlede vare eventuelt har været afprøvet af køberen, uden at denne emballage nødvendigvis skal være forsynet med en speciel anmærkning, hvorefter det udtrykkeligt

41 – Jf. i denne retning T. Hoeren og C. Föhlich, »Ausgewählte Praxisprobleme des Gesetzes zur Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie«, *Computer und Recht*, 2014, s. 245.

42 – Ifølge den italienske regering er madrasser ikke omfattet af denne definition, fordi de til salgsmål er indpakket i en emballage, der alene skal beskytte dem mod tilsmudsning og forringelser under transporten, og ikke for at garantere deres aseptik, hvilket heller ikke er tilfældet under fremstillingen af dem, til forskel fra varer, der ved salg skal være sterile, såsom medicinsk udstyr.

43 – Mærkningen kan være en påtrykt tekst eller en speciel etiket på emballagen for at gøre forbrugeren opmærksom på, at varen er forseglet af sundhedsbeskyttelses- eller hygiejnemæssige årsager, og at brud på forseglingen vil indebære, at fortrydelsesretten fortabes.

44 – Jf. særligt de dokumenter, der er nævnt i fodnote 22 i dette forslag til afgørelse.

45 – Det bemærkes, at direktivets artikel 8, stk. 7, imidlertid indeholder en generel forpligtelse til –med henblik på bekræftelse af aftalen – at informere forbrugeren efter indgåelsen af en aftale om fjernsalg, hvorimod alle de i artikel 6, stk. 1, nævnte oplysninger udelukkende skal gives, såfremt den erhvervsdrivende havde undladt at give forbrugeren dem på et varigt medium forud for indgåelsen af aftalen. Sidstnævnte bestemmelse er genstand for det andet præjudicielle spørgsmåls litra b) (jf. punkt 50 ff. i dette forslag til afgørelse).

46 – Såsom Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2000/13/EF af 20.3.2000 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om mærkning af og præsentationsmåder for levnedsmidler samt om reklame for sådanne levnedsmidler (EFT 2000, L 109, s. 29).

fremgår, at der herved er tale om en forseglings, og at brud på denne vil påvirke forbrugerens fortrydelsesret. Jeg er af den opfattelse, at denne udtrykkelige oplysning imidlertid bør gives som led i de oplysninger, der skal gives forud for aftalen i henhold til direktivets artikel 6, stk. 1, som jeg vil behandle nu.

C. Forpligtelsen til at oplyse forbrugeren om de omstændigheder, hvorunder denne mister sin fortrydelsesret i henhold til artikel 6, stk. 1, litra k), i direktiv 2011/83 [det andet spørgsmål, litra b)]

50. Det bemærkes, at det andet præjudicielle spørgsmål, herunder tillige dets andet led, udelukkende stilles for det tilfælde, at Domstolen måtte besvare det første præjudicielle spørgsmål bekræftende, hvilket jeg ikke anbefaler, hvorfor mine betragtninger til dette led alene er subsidiære.

51. Dette spørgsmål bygger på en forudsætning om, at den vare, der har været genstand for et fjernsalg, faktisk var forseglet og ikke kan returneres til sælgeren af sundhedsbeskyttelses- eller hygiejnemæssige årsager som omhandlet i artikel 16, litra e), i direktiv 2011/83, og følgelig ikke er omfattet af den fortrydelsesret, som forbrugeren principielt har.

52. Den forelæggende ret spørger nærmere bestemt om, hvorvidt den erhvervsdrivende i et sådant tilfælde i henhold til direktivets artikel 6, stk. 1, litra k), *inden* salget indgås, *konkret* skal henlede forbrugerens opmærksomhed på, at denne vil miste sin fortrydelsesret, såfremt varens forseglings brydes, med særlig henvisning til den købte vare og den anbragte forseglings, eller om den erhvervsdrivende alene skal informere denne forbruger generelt, idet den erhvervsdrivende blot gentager direktivets ordlyd i de generelle salgsbetingelser⁴⁷.

53. Til støtte for sidstnævnte betragtning har slewo henvist til, at ordlyden af den nuværende affattelse af artikel 6 alene kræver, at forbrugeren skal informeres, »inden« den pågældende afgiver sin ordre, således at den erhvervsdrivende vil have opfyldt kravene i direktiv 2011/83, såfremt denne forud for aftalens indgåelse giver oplysning om fortrydelsesretten generelt samt om de mulige undtagelser herfra, som lovgiver har fastsat. Det anføres endvidere af slewo, at den omstændighed, at der gives konkrete oplysninger om denne ret ved salg af alle varer, der sælges via internettet, ikke opfylder formålet om forbrugerbeskyttelse⁴⁸, og at det vil være tilstrækkeligt, såfremt der gives specielle oplysninger efter aftalens indgåelse. Sascha Ledowski har ikke taget stilling til dette punkt under henvisning til sit forslag til benægtende svar på det første præjudicielle spørgsmål. Den belgiske og den italienske regering samt Kommissionen har subsidiært foreslået, at direktivets artikel 6, stk. 1, litra k), skal fortolkes således, at den erhvervsdrivende har pligt til udtrykkeligt at advare forbrugeren om, at den pågældende vil miste sin fortrydelsesret, såfremt forseglings af den omhandlede vare er blevet brudt. Jeg er enig i sidstnævnte synspunkt af de følgende grunde.

54. Det bemærkes indledningsvis, at *ordlyden* af artikel 6 i direktiv 2011/83 indeholder en række udtrykkelige oplysninger vedrørende de oplysningskrav, som bestemmelsen pålægger en erhvervsdrivende, der agter at indgå aftaler om fjernsalg med en forbruger⁴⁹.

47 – Ifølge den forelæggende ret kan en ren gengivelse være vanskelig at forstå for ikke-jurister, hvilket kunne tale for, at oplysningspligten kun skal anses for opfyldt i de tilfælde, hvor den erhvervsdrivende, inden forbrugeren bliver bundet af aftalen, udtrykkeligt og under konkret henvisning til købsgenstanden (her: en madras) og forseglings og dennes art har gjort forbrugeren opmærksom på, at fortrydelsesretten bortfalder, når forseglings brydes.

48 – Ifølge slewo ville forbrugeren i så fald drukne i en flod af unødvendige oplysninger, og denne ville ved køb af flere varer være nødt til at undersøge, om han kunne miste sin fortrydelsesret i relation til hver enkelt af disse, navnlig ved eksempelvis at bryde forseglings.

49 – I betragtning af genstanden for tvisten i hovedsagen bemærkes, at det fremgår af 12. betragtning til og artikel 6, stk. 8, i direktiv 2011/83, at den oplysningspligt, der er fastsat i dette direktiv, supplerer, og i givet fald tillægger den forrang frem for den oplysningspligt, der er fastsat i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2000/31/EF af 8.6.2000 om visse retlige aspekter af informationssamfundstjenester, navnlig elektronisk handel, i det indre marked (EFT 2000, L 178, s. 1), der efter min opfattelse ikke indeholder oplysninger, der er relevante for besvarelsen af det foreliggende præjudicielle spørgsmål.

55. For så vidt angår det tidspunkt, hvor samtlige de oplysninger, der er nævnt i artikel 6⁵⁰, skal gives, fremgår det af første led i stk. 1, at der skal være givet udtømmende oplysninger, »[i]nden forbrugeren bindes af en aftale«⁵¹, selv om yderligere oplysninger, der kan gives senere, navnlig i forbindelse med levering af varen⁵², ikke umiddelbart er afgørende for, om den erhvervsdrivende har opfyldt dette krav eller ej. Hvad endvidere angår den »måde«⁵³, hvorpå denne oplysning skal gives, kræves det i samme stykke, at den skal være »klar og forståelig«, og følgelig helt utvetydig, hvilket efter min opfattelse betyder, at en almindeligt oplyst, rimeligt opmærksom og velunderrettet europæisk gennemsnitsforbruger⁵⁴ er i stand til at træffe en kvalificeret beslutning om at indgå forpligtelser⁵⁵.

56. For så vidt angår genstanden for de forudgående oplysninger, som den foreliggende sag nærmere bestemt angår, kræver bestemmelsens stk. 1, litra k), der vedrører situationer, hvor »fortrydelsesretten ikke finder anvendelse [56] i henhold til artikel 16 [57]« i dette direktiv udtrykkeligt, at forbrugeren skal have »oplysninger om, at [den pågældende] ikke vil kunne gøre sin fortrydelsesret gældende, eller, hvor det er relevant, under hvilke omstændigheder [vedkommende] mister sin fortrydelsesret«⁵⁸. Bestemmelsen præciserer derimod ikke indholdet af de oplysninger, som den erhvervsdrivende skal give forbrugeren i en sådan situation, for at disse kan anses for tilstrækkeligt klare⁵⁹.

57. Henset til *formålene* med den ordning, som artikel 6, stk. 1, litra k), i direktiv 2011/83 indgår i, er det imidlertid min opfattelse, at den skal fortolkes således, at kravene i denne bestemmelse ikke er opfyldt, såfremt den erhvervsdrivende i sine almindelige forretningsbetingelser blot gengiver ordlyden af direktivets artikel 16, litra e), således som det var tilfældet i den foreliggende sag⁶⁰. En erhvervsdrivende, der ønsker at foretage fjernsalg af den type varer, som artikel 16, litra e), specielt omhandler, bør efter min opfattelse, i lighed med, hvad den forelæggende ret har anført, have pligt til straks udtrykkeligt og konkret at henlede forbrugeren opmærksomhed på – med konkret henvisning til den omhandlede vare og med klar angivelse af, at den er forseglet⁶¹ – at vedkommende vil miste den fortrydelsesret, der tilkommer denne, såfremt den pågældende forbruger foretager en bestemt handling, der bevirker, at denne ret fortabes, nemlig hvis vedkommende bryder den omhandlede vares forsegling.

50 – Nemlig de oplysninger, der er opregnet i artikel 6, stk. 1, litra a)-t).

51 – Det fremgår udtrykkeligt af 34. betragtning til direktivet, således som affattet bl.a. på fransk (»informations claires et *exhaustives*«) [klare og udtømmende], at de oplysninger, der kræves, skal være udtømmende. Jeg vil præcisere, at der er anvendt et andet ord i andre sprogversioner, bl.a. på engelsk (»clear and *comprehensible* information«) og tysk (»in klarer und *verständlicher* Weise informieren«). Ikke desto mindre viser disse forskellige begreber (min fremhævelse) efter min opfattelse alle, at forbrugeren skal være fuldstændigt oplyst inden indgåelse af kontrakten.

52 – Såsom de oplysninger, som er anført på varens emballage, og som litra a) i det andet præjudicielle spørgsmål omhandler.

53 – Dette krav angår snarere oplysningens indhold end dens form, hvilket adskiller sig fra de betingelser, som stilles til de formelle krav stricte sensu, som en aftale om fjernsalg skal opfylde i henhold til direktiv 2011/83, og som fremgår af dets artikel 8. Jf. i denne forbindelse navnlig dom af 5.7.2012, Content Services (C-49/11, EU:C:2012:419, præmis 42-51), vedrørende direktiv 97/7, der er blevet erstattet af direktiv 2011/83.

54 – Ifølge det bedømmelseskriterium, som Domstolen sædvanligvis anvender i sin praksis vedrørende forbrugerbeskyttelse (jf. bl.a. dom af 7.6.2018, Scotch Whisky Association, C-44/17, EU:C:2018:415, præmis 47 og 52, og af 13.9.2018, Wind Tre et Vodafone Italia, C-54/17 og C-55/17, EU:C:2018:710, præmis 51).

55 – Ifølge den italienske regering kræves det, »at forbrugeren er i stand til at forstå rækkevidden af det kommercielle tilbud og begrænsningerne af hans rettigheder, allerede fra den første kontakt med sælgeren, hvis tilbud skal opfylde de regler, der er fastsat om klarhed og præcision, og som følgelig skal indeholde alle væsentlige oplysninger, således at en gennemsnitsforbruger får mulighed for at vurdere rækkevidden og betingelserne korrekt«.

56 – I modsætning til stk. 1, litra h), hvorefter det »i tilfælde af eventuel fortrydelsesret« kræves, at forbrugeren oplyses om »betingelser, tidsfrist og procedurer for at gøre nævnte ret gældende«. Jf. i denne forbindelse den præjudicielle anmodning i den verserende sag Walbusch Walter Busch (C-430/17).

57 – Det bemærkes, at artikel 6, stk. 1, litra k), i direktiv 2011/83 som følge af denne generelle formulering omfatter samtlige tilfælde af undtagelser fra fortrydelsesretten i henhold til artikel 16, og ikke kun den situation, som er nævnt i bestemmelsens litra e), der alene er genstand for de forudgående spørgsmål, der er blevet stillet under den foreliggende sag.

58 – Efter min opfattelse angår dette præjudicielle spørgsmål alene sidstnævnte situation.

59 – De forberedende arbejder til denne bidrager efter min opfattelse ikke med relevante oplysninger i denne henseende [jf. navnlig Parlamentets betænkning, der er nævnt i fodnote 22 i dette forslag til afgørelse og nærmere bestemt ændringen af artikel 9, stk. 1, litra ea), s. 58 og 59, samt begrundelsen, s. 119 og 120].

60 – Jf. gengivelsen af de almindelige forretningsbetingelser i punkt 11 i dette forslag til afgørelse.

61 – Det fremgår af den vejledning, der er nævnt i fodnote 17 i dette forslag til afgørelse, at »[f.eks. for dåsemad, som er forseglet som angivet i artikel 16, litra e), [i direktiv 2011/83], bør den erhvervsdrivende [...] [i overensstemmelse med artikel 6, stk. 1, litra k)] [...] ligeledes oplyse forbrugeren om, at forbrugeren af hensyn til beskyttelse af sundheden og hygiejnen mister fortrydelsesretten, når dåserne åbnes« (jf. punkt 6.2, s. 47).

58. Denne fortolkning er efter min opfattelse den eneste, der dels er i stand til at sikre et højt forbrugerbeskyttelsesniveau som omhandlet i direktiv 2011/83, hvilket dets artikel 6, stk. 1, litra k), bl.a. skal medvirke til, dels er i stand til fuldt ud at sikre den effektive virkning af de oplysninger, som kræves ifølge denne bestemmelse⁶², samt yderligere, at det undgås, at de erhvervsdrivende alt for nemt frigøres fra deres forpligtelser i forbindelse med den fortrydelsesret, der ifølge dette direktiv er, og fortsat skal være, hovedreglen.

59. Det bemærkes i denne henseende, at Domstolen i en lignende sammenhæng tidligere har fastslået, at den beskyttelsesordning, som er blevet indført i EU-retten, og som indebærer en forpligtelse for den erhvervsdrivende til at give forbrugeren alle de oplysninger, der er nødvendige for, at denne kan udøve sine rettigheder – herunder navnlig fortrydelsesretten – forudsætter, at forbrugeren som den svage part får kendskab til denne ret gennem en udtrykkelig skriftlig underretning herom⁶³. Det bemærkes endvidere, at Domstolen har understreget, at forpligtelsen til at underrette forbrugeren har en central plads inden for den almindelige opbygning af de bestemmelser, der er blevet vedtaget på denne område⁶⁴ som en væsentlig garanti for en effektiv udøvelse af fortrydelsesretten, og følgelig også for den effektive virkning af den af fællesskabslovgiver indførte forbrugerbeskyttelse⁶⁵. Disse betragtninger vedrørende direktiv 85/577 og direktiv 97/7 er efter min opfattelse ligeledes relevante under den foreliggende sag, idet disse direktiver er blevet ophævet og erstattet af direktiv 2011/83⁶⁶.

60. For det tilfælde, at Domstolen vælger at behandle det andet præjudicielle spørgsmåls litra b), er det følgelig min opfattelse, at artikel 6, stk. 1, litra k), i direktiv 2011/83 bør fortolkes således, at såfremt en vare er forseglet under de omstændigheder, der fremgår af direktivets artikel 16, litra e), har den erhvervsdrivende pligt til – inden indgåelsen af fjernsalgsaftalen, med konkret henvisning til den omhandlede vare og med klar angivelse af, at den er forseglet – udtrykkeligt at oplyse forbrugeren om, at den pågældende vil miste sin fortrydelsesret, såfremt forbrugeren bryder den leverede vares forsegling.

V. Forslag til afgørelse

61. På baggrund af de ovenfor anførte betragtninger foreslår jeg Domstolen at besvare de af Bundesgerichtshof (forbundsdomstol, Tyskland) forelagte præjudicielle spørgsmål som følger:

»Artikel 16, litra e), i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2011/83/EU af 25. oktober 2011 om forbrugerrettigheder, om ændring af Rådets direktiv 93/13/EØF og Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 1999/44/EF samt om ophævelse af Rådets direktiv 85/577/EØF og Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 97/7/EF skal fortolkes således, at udtrykket »forseglede varer, som af sundhedsbeskyttelses- eller hygiejnemæssige årsager ikke er egnede til at blive returneret« i denne bestemmelse ikke omfatter varer – såsom madrasser – som ganske vist ved tilsigtet anvendelse kan komme i direkte kontakt med menneskekroppen, men som ved hensigtsmæssige foranstaltninger fra den erhvervsdrivendes side, navnlig rengøring, atter kan gøres salgbare.«

62 – Det er i praksis muligt, at en forbruger beslutter ikke at bestille en vare efter at være blevet bekendt med, at adgangen til afprøvning af denne efter levering samt returnering af den eventuelt er begrænset, fordi denne vare er forseglet.

63 – Jf. dom af 13.12.2001, Heiningen (C-481/99, EU:C:2001:684, præmis 45), af 10.4.2008, Hamilton (C-412/06, EU:C:2008:215, præmis 33), og af 17.12.2009, Martín Martín (C-227/08, EU:C:2009:792, præmis 26), vedrørende direktiv 85/577, samt dom af 5.7.2012, Content Services (C-49/11, EU:C:2012:419, præmis 34 ff.), vedrørende direktiv 97/7.

64 – Jf. C. Aubert de Vincelles, »Protection des intérêts économiques des consommateurs – Droit des contrats«, *JurisClasseur Europe*, 2010, punkt 19, for så vidt angår de væsentligste kendetegn ved forbrugernes ret til oplysning, der meget tidligt blev anerkendt af EU-institutionerne.

65 – Jf. dom af 17.12.2009, Martín Martín (C-227/08, EU:C:2009:792, præmis 27), angående underretningspligt af forbrugerne i henhold til artikel 4 i direktiv 85/577.

66 – Jf. for så vidt angår anvendelse af Domstolens retspraksis vedrørende direktiv 85/577 og direktiv 97/7 i relation til direktiv 2011/83 henholdsvis dom af 7.8.2018, Verbraucherzentrale Berlin (C-485/17, EU:C:2018:642, præmis 35 ff.), og af 2.3.2017, Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs Frankfurt am Main (C-568/15, EU:C:2017:154, præmis 26).