

## FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT ANTONIO SAGGIO

föredraget den 16 december 1999 \*

1. Genom identiska beslut av den 31 mars och av den 1 april 1998 har Juzgado de Primera Instancia de Barcelona begärt att domstolen skall meddela ett förhandsavgörande om tolkningen av rådets direktiv 93/13/EEG av den 5 april 1993 om oskäliga villkor i konsumentavtal<sup>1</sup> (nedan kallat direktivet). Det är den första gången som domstolen ombuds uttala sig om direktivet. Den nationella domstolen vill närmare bestämt att det utreds om det konsumentskydd som garanteras genom direktivet innebär att domstolen, när den avgör en tvist där det påstås att ett avtal som har slutits mellan en näringsidkare och en konsument inte har fullgjorts, ex officio kan bedöma huruvida ett avtalsvillkor är oskäligt. I detta mål är det fråga om ett villkor, där exklusiv behörighet att avgöra tvister om tillämpningen av ett köpeavtal tillerkänns domstolen på den ort där företaget har sitt säte.

villkor i avtal som sluts mellan en näringsidkare och en konsument (artikel 1.1).

Enligt artikel 2 avses med "näringsidkare" en fysisk eller juridisk person som handlar för ändamål som har samband med hans näring eller yrkesverksamhet, oavsett om den är offentlig eller privat och med "konsument" en fysisk person som handlar för ändamål som faller utanför hans näring eller yrke.

3. Direktivet syftar till att konsumenterna i medlemsstaternas rättsordningar skall garanteras ett minimiskydd, varvid medlemsstaterna får säkerställa en högre skyddsnivå genom mera restriktiva bestämmelser än dem som förekommer i direktivet (tolfte och sjuttonde övervägandet; artikel 8).

### Gemenskapsbestämmelserna

2. Syftet med detta direktiv är att närma medlemsstaternas lagar och andra författningar till varandra i fråga om oskäliga

Direktivet syftar endast till att reglera avtalsvillkor som inte har varit föremål för individuell förhandling. Enligt artikel 3.2 "skall [det] alltid anses att ett avtalsvillkor inte har varit föremål för individuell förhandling om det har utarbetats i förväg och konsumenten därför inte har haft möjlighet att påverka villkorets

\* Originalspråk: italienska.

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

innehåll; detta gäller särskilt i samband med i förväg formulerade standardavtal". I det följande stycket i samma artikel fastställs följande: "Den omständigheten att vissa delar av ett villkor eller ett särskilt villkor har varit föremål för individuell förhandling utesluter inte att denna artikel tillämpas på resten av avtalet, om en samlad bedömning av avtalet leder till slutsatsen att det likväl rör sig om ett i förväg formulerat standardavtal." "I det tredje stycket tilläggs sedan följande: "Om en näringsidkare hävdar att ett standardvillkor har varit föremål för individuell förhandling, har han bevisbördan för sitt påstående".

4. Direktivet innehåller en allmän definition av oskäligen villkor. I artikel 3.1 fastställs att "[e]tt avtalsvillkor som inte har varit föremål för individuell förhandling skall anses vara oskäligt om det i strid med kravet på god sed medför en betydande obalans i parternas rättigheter och skyldigheter enligt avtalet till nackdel för konsumenten".

I artikel 4 tilläggs följande: "Utan att det påverkar tillämpningen av artikel 7 skall frågan om ett avtalsvillkor är oskäligt bedömas med beaktande av vilken typ av varor eller tjänster som avtalet avser och med hänsyn tagen, vid tiden för avtalets ingående, till alla omständigheter i samband med att avtalet ingicks samt till alla övriga villkor i avtalet eller något annat avtal som det är beroende av." En sådan bedömning "skall inte avse vare sig beskriv-

ningen av avtalets huvudföremål eller å ena sidan förhållandet mellan pris och ersättning och å andra sidan sålda tjänster eller varor; detta gäller i den mån dessa villkor är klart och begripligt formulerade."

5. För att specificera de villkor som ger upphov till en betydande obalans till nackdel för konsumenten innehåller bilagan till direktivet en uppräkningslista av villkor som kan anses oskäligen. Denna uppräkningslista är endast vägledande och inte uttömmande. Medlemsstaterna får utöka eller begränsa den inom ramen för sin nationella lagstiftning (sjuttonde övervägandet och artikel 3.3).

Några av de villkor som tas upp i bilagan syftar till att "upphäva eller inskränka konsumentens rätt att gå till domstol eller vidta andra rättsliga åtgärder, särskilt genom att kräva att konsumenten för tvister enbart till skiljeförfarande som inte är reglerat i lag, genom att orättmätigt inskränka konsumentens tillgång till bevismedel eller genom att pålägga konsumenten en bevisbörd som enligt gällande rätt bör ligga hos någon annan avtalspart" (punkt 1 q i bilagan).

6. I enlighet med artikel 6.1 skall medlemsstaterna "föreskriva att oskäligen villkor som används i avtal som en näringsidkare sluter med en konsument inte är... bindande för konsumenten" och att avtalet skall

förbli bindande för parterna på samma grunder, "om det kan bestå utan de oskäligena villkoren".

## De nationella bestämmelserna

Dessutom skall medlemsstaterna se till "att det i konsumenternas och konkurrenternas intresse finns lämpliga och effektiva medel för att hindra fortsatt användning av oskäligena villkor i avtal som näringsidkare sluter med konsumenter" (artikel 7.1). Dessa medel skall särskilt omfatta bestämmelser om att personer eller organisationer får inleda ett ärende enligt nationell lagstiftning vid domstolar eller behöriga administrativa myndigheter, för att dessa skall avgöra om avtalsvillkor som utformats för allmänt bruk är oskäligena och använda lämpliga och effektiva medel för att förhindra framtida bruk av sådana villkor (artikel 7.2). Emellertid anges det inte uttryckligen i direktivet huruvida den nationella domstolen är behörig att ex officio åberopa att villkoret är oskäligt och följaktligen inte kan göras gällande mot konsumenten.

7. Medlemsstaterna skulle införliva direktivet med nationell rätt senast den 31 december 1994. Bestämmelserna i direktivet skall tillämpas på alla avtal som sluts efter denna dag (artikel 10.1).

8. Direktivet införlivades med den spanska rättsordningen genom lag nr 7/1998 av den 13 april 1998,<sup>2</sup> det vill säga efter den föreskrivna tidsfristens utgång. Enligt sin inledning syftar denna lag till att införliva gemenskapsbestämmelserna om oskäligena villkor i konsumentavtal med nationell rätt och till att reglera allmänna kontraktsvillkor. Enligt den tredje slutbestämmelsen trädde lagen i kraft 20 dagar efter det att den hade publicerats i *Boletín Oficial del Estado*, det vill säga den 3 maj 1998.

9. Genom lagen från år 1998 ändrades lag 26/1984 av den 9 juli 1984 om konsumentskydd.<sup>3</sup> Bland annat infördes artikel 10a med en definition av oskäligena villkor, som inte har varit föremål för individuell förhandling och som i strid med kravet på god sed medför en betydande obalans i parternas rättigheter och skyldigheter enligt avtalet till nackdel för konsumenten. I artikel 10a.2 föreskrivs att villkor och bestämmelser som anses oskäligena är rättsligt ogiltiga, och de anses inte ha varit föremål för ett avtal.

2 — Ley de 13 de abril 1998 de Condiciones Generales de la Contratación (BOE av den 14 april 1998).

3 — Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (BOE nr 176 av den 24 juli 1984).

I enlighet med artikel 10a skall de villkor som räknas upp i tilläggsbestämmelserna betraktas som oskäligen. Detta gäller bland annat villkoren enligt punkt 27, där behörighet uttryckligen tillerkänns en annan domstol än domstolen på den ort där konsumenten har sin hemvist eller där skyldigheten skall fullgöras.

Enligt ifrågavarande lag kan talan väckas vid domstolen från och med lagens ikraftträdande, även i fråga om avtal som har slutits innan dess. Lagen hade emellertid ännu inte trätt i kraft när kärandena väckte talan mot konsumenterna, varför den nya regleringen inte är tillämplig i detta mål. Tidigare reglerades konsumenternas skydd mot oskäligen villkor i avtal som slutits med en näringsidkare i ovannämnda lag 26/1984. I denna lag krävdes särskilt att ovannämnda avtal skulle uppfylla kravet på god tro och att det i dessa skulle garanteras en klar balans mellan motprestationerna. Följaktligen ansågs de oskäligen villkoren vara rättsligt ogiltigen, eftersom de ansågs vara till nackdel för konsumenten på ett oproportionerligt eller oskäligt sätt eller ge upphov till obalans i parternas rättigheten och skyldigheten enligt avtalet till nackdel för konsumenterna eller användarna (artikel 10.1 c.3).

10. Slutligen skall det tilläggas att de spanska bestämmelserna om konsumentskydd eller den lag genom vilken direktivet införlivas med den nationella rätten inte

uttryckligen reglerar frågan om det är möjligt att ex officio fastslå att de oskäligen villkoren är ogiltigen. Spansk rätt tycks inte innehålla någon tydlig rättslig grund med stöd av vilken domstolen skulle vara behörig att undersöka denna ogiltigheten, utan att en av parterna hade yrkat detta. Inom spansk rättspraxis har denna fråga hittills fått rakt motsatta svar och några domstolar har ansett behörigheten följa direkt av direktivet.

#### Omständigheter som ligger till grund för målet och tolkningsfrågor

11. Océano Grupo Editorial SA och Rocío Murciano Quintero, som är bosatt i El Ejido (Almería) samt Salvat Editores SA och José M. Sánchez-Alcón Prades, José Luis Copano Badillo, Mohammed Berroane och Emilio Viñas Feliu, som alla är bosatta på olika orter i Spanien, slöt på olika dagar mellan maj 1995 och april 1996 individuella avtal om köp på avbetalning av en encyklopedi.

12. I de olika avtalen om avbetalningsköp, som säljarna på förhand hade upprättat i formulär, godtog parterna att exklusiv behörighet att avgöra eventuella tvister skulle tillerkännas domstolen i Barcelona, där ovannämnda bolag har sina säten.

13. Eftersom kunderna inte betalade inom de avtalade tidsfristerna väckte Océano Grupo Editorial SA den 25 juli 1997 och Salvat Editores SA den 18 september, den 16 december respektive den 19 december 1997 talan vid Juzgado de Primera Instancia de Barcelona, varvid de begärde att svarandena skulle ådömas att betala de avtalade beloppen.

När ifrågavarande talan väcktes hade direktivet ännu inte införlivats med den spanska rättsordningen. Emellertid tvivlade den nationella domstolen på att avtalets behörighetsvillkor var giltigt, eftersom det enligt direktivet skulle betecknas om oskäligt. Enligt dess mening skall domstolen på den ort där svarandena har sin hemvist vara behörig. Den 9 september 1997 överlämnade ovannämnda domstol handlingarna i målet till allmänna åklagarmyndigheten, för att denna skulle uttrycka sin uppfattning om möjligheten att ex officio ogiltigförklara behörighetsvillkoret. Allmänna åklagarmyndigheten svarade att domstolen under det fastställelseförfarande<sup>4</sup> som är tillämpligt i detta mål, inte ex officio kan bedöma den territoriella behörigheten, eftersom parterna för eventuella avtalstvister uttryckligen har utsett domstolen på den ort där någon av dem har sin hemvist eller sitt säte.<sup>5</sup>

14. Genom beslut av den 31 mars 1998 (mål C-240/98 och C-241/98) och av

4 — Det är fråga om "juicio de cognición", ett summariskt förfarande för anspråk på begränsade belopp (mellan 80 000 och 800 000 pesetas).

5 — Se artikel 1 i lag av den 17 juli 1948 om lokala domstolars behörighet (BOE nr 200 av den 18 juli 1948) och artikel 32 i dekret av den 21 november 1952 om det så kallade fastställelseförfarandet (BOE nr 337 av den 2 december 1952).

den 1 april 1998 (mål C-242/98, C-243/98 och C-244/98) beslöt Juzgado de Primera Instancia de Barcelona att ställa följande tolkningsfråga till domstolen:

"Kan en nationell domstol ex officio bedöma huruvida ett villkor är oskäligt eller inte innan den beslutar om en ansökan kan tas upp till sakprövning vid allmän domstol, med hänsyn till konsumentskyddet i rådets direktiv 93/13/EEG om oskäliga villkor i konsumentavtal?"

15. Domstolens ordförande förordnade genom beslut av den 20 juli 1998 att alla dessa mål skulle förenas vad gäller förfarandets skriftliga och muntliga del och domen.

## Saken

16. Den nationella domstolen har ställt sin tolkningsfråga för att få klarhet i huruvida den ex officio kan bedöma att den saknar behörighet, när denna behörighet grundar sig på ett avtalsvillkor som domstolen i enlighet med direktivet anser vara "oskäligt" och när direktivet inte har införlivats med den nationella rätten inom den föreskrivna tidsfristen.

Vid undersökningen av denna fråga och för att kunna ge den nationella domstolen ett lämpligt svar anser jag det vara nödvändigt att vidta följande två åtgärder: För det första är det fråga om att tolka direktivets bestämmelser för att klargöra huruvida det villkor där behörighet tillerkänns domstolen på den ort där företaget har sitt säte är oskäligt. Om denna fråga skall besvaras jakande skall det klargöras huruvida den nationella domstolen enligt direktivet och andra gemenskapsbestämmelser ex officio skall fastslå att den saknar behörighet, när den skall uttala sig om grunden för ett sådant villkor, även om den skall avstå från att tillämpa en nationell processrättslig bestämmelse med en annan lösning i fråga om territoriell behörighet. För det andra är det fråga om att bedöma om det är möjligt att som ovan har angivits eventuellt underlåta att tillämpa en nationell processrättslig bestämmelse i en sådan tvist som den i målet vid den nationella domstolen, där privatpersoner är parter, även om gemenskapsbestämmelsen, som har ett annat innehåll än den nationella processrättsliga bestämmelsen, omfattas av ett direktiv som inte har införlivats med den nationella rätten.

17. Nu vill jag genast påpeka att det omstridda avtalsvillkoret i enlighet med direktivet skall betraktas som ett "oskäligt villkor". Jag vill erinra om att det är fråga om ett villkor i ett avtal som har slutits mellan en näringsidkare och en konsument och enligt vilket exklusiv behörighet att avgöra avtalstvister skall tillerkännas domstolen på den ort där företaget har sitt säte. Som den franska regeringen har påpekat kan det av flera anledningar inte anses vara avgörande att ett sådant villkor inte

uttryckligen har räknats upp bland de "oskäliga villkoren" i direktivets bilaga. Enligt den franska regeringen omfattas ifrågavarande villkor av den allmänna kategori som avses i ovannämnda punkt 1 q i bilagan, eftersom det har till verkan att "inskränka konsumentens rätt att gå till domstol eller vidta andra rättsliga åtgärder". Emellertid är det av större betydelse för detta mål att bilagan enligt artikel 3.3 i direktivet endast innehåller "en vägledande, inte uttömmande lista på villkor som kan anses oskäliga",<sup>6</sup> vilken medlemsstaterna senare kan komplettera med villkor som uppenbarligen är föremål för samma bestämmelser som i direktivet. För att ett avtalsvillkor skall kunna falla inom direktivets tillämpningsområde krävs slutligen endast att villkoret inte har varit föremål för individuell förhandling mellan en näringsidkare och en konsument och att det till nackdel för konsumenten "medför en betydande obalans i parternas rättigheter och skyldigheter enligt avtalet" (artikel 3.1). Med avseende på dessa allmänna parametrar kan medlemsstaterna ange andra och mer specifika villkor än de som anges på listan. I detta fall är villkoren "oskäliga" mot bakgrund av direktivet och som ovan har angivits är de följaktligen föremål för samma bestämmelser som i direktivet.

18. Av ovanstående framgår att det för en bedömning av huruvida ett villkor som det som avses i tvisterna vid den nationella domstolen är "oskäligt" endast krävs en

6 — Se även sjuttonde övervägandet, där följande fastställs: "Den bifogade listan med avtalsvillkor kan vid tillämpningen av detta direktiv bara ses som vägledande. På grund av direktivets karaktär av minimidirektiv får medlemsstaterna genom sin nationella lagstiftning utöka eller begränsa räckvidden för dessa villkor."

tolkning av direktivet och särskilt av dess artikel 3.1 och 3.2. I detta sammanhang kan den lista som bifogats direktivet bara ses som vägledande. Härfter vill jag påpeka att ett villkor som ingår i ett standardavtal och som därför, även om det har undertecknats av konsumenten, inte har varit föremål för en individuell förhandling, säkerligen medför fördelar för företaget och samtidigt en eventuell risk att på ett påfallande sätt begränsa rätten för konsumenten att driva sin sak, om han enligt detta villkor vid en eventuell avtalsvist skall föra process och driva sin sak inför domstolen på den ort där företaget har sitt säte. Som den nationella domstolen på grundval av den konkreta processrättsliga erfarenheten har fastställt i sin begäran om förhandsavgörande innebär skyldigheten att för eventuella avtalstvister utse domstolen på den ort där företaget har sitt säte, vilket ibland kan vara mycket långt borta från konsumentens hemvist, faktiskt en risk för konsumenten att det blir praktiskt omöjligt att driva sin sak inför rätta, på grund av de höga kostnaderna i samband med att infinna sig personligen vid rätten, särskilt i fråga om tvister som gäller små belopp. Dessutom har de personer som dras in i sådana förfaranden i de flesta fall en låg social ställning och knappa medel. Däremot medger det omtvistade avtalsvillkoret obestridliga fördelar för näringsidkaren, som på detta sätt i enlighet med processrättsliga bestämmelser kan undvika att infinna sig vid olika behöriga domstolar och kan föra samman de förfaranden som avser konsumentavtal till sitt huvudsäte, vilket uppenbarligen är mera praktiskt och mindre kostsamt för honom. Jag anser att en sådan situation obestridligen medför en betydande obalans i parternas rättigheter och skyldigheter. Detta innebär att ifrågasvarande villkor kan anses som "oskäligt" enligt direktivet, vilket medför att det i detta mål säkert skall ske en tillämpning av de bestämmelser i direktivet som är förmånliga för konsumenten och särskilt av

artikel 6, enligt vilken villkoret om val av forum "inte är... bindande".

19. Det saknar å andra sidan inte betydelse att den spanska staten när den införlivade direktivet med den nationella rätten, det vill säga när den gav den allmänna principen i artikel 3.1 i direktivet ett konkret innehåll, i linje med de lösningar som har antagits i andra medlemsstater,<sup>7</sup> uttryckligen ville låta listan med oskäliga villkor inbegripa villkoret om val av ett annat forum än domstolen på den ort där konsumenten har sin hemvist eller där skyldigheten skall fullgöras.<sup>8</sup> Mot bakgrund av dessa överväganden kan huvudsakligen den slutsatsen dras att begreppet "oskäligt villkor" i direktivet inbegriper ett villkor, som har fastställts i ett avtal mellan konsument och en näringsidkare och där exklusiv behörighet att avgöra eventuella avtalstvister tillerkänns domstolen på den ort där företaget har sitt säte.

7 — I artikel 1469a i den italienska civillagen, som har införts genom lag nr 25 av den 6 februari 1996 om införlivande av direktivet, fastställs att det villkor som syftar till att "tillerkänna behörighet åt en annan domstol än domstolen på den ort, där konsumenten har sin hemvist eller sitt säte" (se artikel 19.3) skall presumeras vara oskäligt, om inte motbevisning förebibras. Tillsammans med andra villkor som presumeras vara oskäliga omfattas det villkor som syftar till att "déroger aux règles légales de compétence territoriale ou d'attribution" i Frankrike av "la recommandation de synthèse" nr 91-02, som antagits har av kommissionen för oskäliga villkor, som har upprättats genom artikel L. 132.2 i konsumtionslagen.

8 — Se den första tilläggsbestämmelsen till lag 7/1998, punkt 27. Den tidigare lagstiftningen innehöll en allmän formulering som enligt min mening mycket väl skulle kunna anses innebära att det avtalsvillkor som avses i detta mål är att hänföra till de förbjudna avtalsvillkoren (artikel 10.1 c.3 i ovannämnda lag 26/1984).

20. När det har klargjorts att avgörandet av tvisterna vid den nationella domstolen innebär att den nationella domstolens behörighet skall bedömas mot bakgrund av direktivet, skall det följaktligen ske en undersökning av den fråga som logiskt följer härav och som omfattas av tolkningsfrågan. Följaktligen skall det utredas om den nationella domstolen på eget initiativ kan förklara sig sakna behörighet, när den uppmanas att avgöra en tvist som grundar sig på ett villkor som har fastställts i ett avtal mellan en konsument och en näringsidkare och som domstolen anser vara oskäligt, eftersom det innebär att exklusiv behörighet tillerkänns domstolen på den ort där den sistnämnde har sitt säte.

21. I detta avseende anser jag det vara nödvändigt att utgå ifrån att svaranden i förfarandet vid den nationella domstolen (konsumenten) inte har infunnit sig personligen vid rätten och följaktligen har avstått från att hävda att den domstol som handlägger målet saknar behörighet, eftersom denna grundar sig på ett oskäligt villkor. Enligt den spanska regeringen skall partens uppträdande tillskrivas en avgörande betydelse. Det blir omöjligt för den nationella domstolen att ex officio förklara att avtalsvillkoret är ogiltigt om det antas att den nationella domstolens behörighet faktiskt endast skall bedömas mot bakgrund av den nationella regleringen, enligt vilken det, som redan har påpekats, inte föreligger en sådan behörighet i ett förfarande som det aktuella.

22. Sedan skall jag påpeka att denna tolkning inte förefaller mig vara övertygande. Liksom kommissionen och den franska

regeringen anser jag det vara lämpligare att utföra en allmän undersökning, varigenom det, just på grund av skyddet för den svaga avtalsparten konsumenten, skall anses vara nödvändigt att tillerkänna den nationella domstolen behörighet att ex officio förklara att ett villkor som i enlighet med direktivet skall anses oskäligt saknar verkan. Med andra ord talar skyldigheten att tillerkänna den ifrågavarande bestämmelsen en "ändamålsenlig verkan" för en tolkning enligt vilken den svaga avtalsparten inte behöver driva sin sak inför rätta för att åberopa att de avtalsvillkor som är till nackdel för honom inte är tillämpliga. Det bör tilläggas att detta i synnerhet gäller när konsumenten enligt detta villkor är skyldig att driva sin sak inför en domstol på en ort där han inte har sin hemvist.

23. Det finns faktiskt anledning att påpeka att det skydd som garanteras genom direktivet grundar sig på den allmänna principen enligt vilken konsumenten anses vara "den svaga parten", som behöver ett särskilt skydd i fråga om avtal som har slutits med en näringsidkare. Följaktligen syftar direktivet till att återinföra en avtalsmässig balans i detta förhållande och samtidigt säkerställa det allmänna intresset av att korrekt handelsbruk iakttats. Genom direktivet åläggs medlemsstaterna i detta sammanhang en skyldighet, som konkret syftar till att förhindra att villkor som anses oskäliga på sätt som stadgas i deras nationella rätt blir bindande för konsumenten (artikel 6). Konsekvensen av detta blir att även om det kommer an på medlemsstaterna att välja vilken civilrättslig påföljd som skall tillämpas på sådana villkor — alltså om de skall anses sakna rättsverkan, ogiltigförklaras eller upphävas — krävs det



i vilket fall som helst av dem att de skall införa ett system för effektivt skydd av konsumentens rättigheter.

Som kommissionen med rätta har påpekat kan detta mål knappast uppnås om det inte är möjligt för domstolen att ex officio bedöma huruvida ett avtalsvillkor är oskäligt. I direktivets bestämmelser om skydd för den svaga avtalsparten tycks det faktiskt inte tas någon hänsyn till konsumentens uppträdande. Enligt direktivet har det till exempel ingen betydelse att konsumenten godtar avtalsvillkoret då han undertecknar ett standardavtal. Villkoret *kan* faktiskt — trots att det har undertecknats — *inte* vara bindande för konsumenten. Det finns dock anledning att anse att det likaså är uteslutet att tillmäta någon avgörande betydelse åt konsumentens uppträdande *inför domstol*. Konsumenten kan inte åberopa sin okunnighet som grund för att ett avtalsvillkor skulle vara oskäligt, och inte heller hävda att villkoret är oskäligt med den motiveringen att han anser det vara alltför kostsamt att driva sin sak inför en domstol som inte är belägen på den ort där han har sin hemvist, som i fallet med det omstridda villkoret i detta mål. I alla dessa fall skulle inte direktivets syfte uppnås om villkoret, som annars uppenbarligen är till nackdel för den svaga avtalsparten, skulle tillgodoses. Följaktligen skulle direktivets ändamålsenliga verkan ohjälpligt äventyras.

24. Det är dessutom säkert av betydelse att medlemsstaterna genom direktivet, som syftar till att rätta till en situation där

betydande obalans råder mellan de två avtalsparterna, åläggs skyldigheten att utarbeta ett skydd som aktivt berör personer som inte är inblandade i det enskilda avtalsförhållandet. På grundval av den uppenbara förutsättningen att konsumenternas reaktion mot villkor som är till nackdel för deras intressen inte är en effektiv åtgärd på grund av kostnaden för enskild talan och konsumenternas begränsade benägenhet att våga inlåta sig i invecklade mål mot näringsidkare som är starkare och bättre organiserade, fastställs följande i artikel 7 i direktivet: "Medlemsstaterna skall se till att det i konsumenternas och konkurrenternas intresse finns lämpliga och effektiva medel för att hindra fortsatt användning av oskäliga villkor i avtal som näringsidkare sluter med konsumenter." Då det bedöms huruvida de skyddsinstrument som medlemsstaterna enligt direktivet skall införa är "lämpliga" och "effektiva"<sup>9</sup> bör det också konkret bedömas hur ändamålsenliga dessa instrument är när det gäller att uppnå det eftersträfvade målet. Jag vill erinra om att detta mål består i att konsumenten inte skall bli bunden av oskäliga villkor. I

9 — Jag vill erinra om att denna uppfattning följer direkt artikel 7.2 i direktivet, där följande påpekas: "De medel som avses i punkt 1 skall omfatta bestämmelser om att personer eller organisationer, som enligt nationell rätt har ett berättigat intresse att skydda konsumenter, får inleda ett ärende enligt nationell lagstiftning vid domstolar eller behöriga administrativa myndigheter, för att dessa skall avgöra om avtalsvillkor som utformats för allmänt bruk är oskäliga och använda lämpliga och effektiva medel för att förhindra framtida bruk av sådana villkor." Det är uppenbarligen fråga om ett exemplifierande påpekande, som inte utesluter andra slags ingripanden, bland annat att domstolen kan göra en bedömning ex officio, men det äger en särskild betydelse för det skydd som garanteras genom direktivet, eftersom det berättigar konsumentföreningar att i ett preventivt syfte framställa foruminvändningar som inte är knutna till en bestämd tvist. Ett sådant skydd, som på grund av sin allmänna karaktär är särskilt effektivt, utgör en absolut nyhet i några medlemsstaters rättsordningar, särskilt när dessa har en romersk tradition. Därför är det är lätt att inse varför medlemsstaterna uttryckligen uppmanas att reglera detta skydd i sina nationella rättsordningar. Som den franska regeringen har påpekat skulle det vara svårt att motivera en tolkning av direktivet, som å ena sidan till konsumenternas fördel gör det möjligt att väcka en "preventiv" gemensam talan och som å andra sidan utesluter ett ingripande ex officio av den domstol som skall bedöma ett uppenbart oskäligt villkor i en konkret tvist som direkt är till förfång för konsumenten.

betraktande av allt detta kan det nu rimligtvis hävdas att domstolens ingripande ex officio inte endast framstår som ett mycket effektivt medel i ett begränsande syfte, utan att det också är lämpligt för att göra det möjligt att effektivt förhindra att sådana villkor införs i de avtal som sluts med konsumenterna.

en annan ort än där svaranden har sin hemvist, bevisbörda avseende villkorets oskäligen karaktär, tillgång till en advokat i fråga om små belopp och så vidare). Detta har givit medlemsstaterna anledning att låta de avtalsvillkor som är till nackdel för konsumenten omfatta skyldigheten att för eventuella avtalstvister utse näringsidkarens domstol.

Härtill skall det läggas att följderna skulle bli paradoxala om det vore uteslutet att ingripa ex officio, när konsumenten inte hade åberopat att ett avtalsvillkor är oskäligt i en situation som den aktuella, där det ifrågasätts att exklusiv behörighet att avgöra avtalstvister tillerkänns domstolen på den ort där näringsidkaren har sitt säte. Jag vill erinra om att den nationella domstolen Juzgado de Primera Instancia de Barcelona hade utsetts till att avgöra den aktuella tvisten mellan näringsidkare (Océano Grupo Editorial SA och Salvat Editores SA, vars verksamhet består i att sälja encyklopedier på avbetalning) och flera konsumenter, som är bosatta i olika städer i Spanien, några hundratals kilometer från den utsedda domstolen. Om det nu i sådana fall skulle vara uteslutet att den nationella domstolen, när svaranden vägrar att inställa sig inför domstol, ex officio kunde bedöma huruvida ett uppenbart "oskäligt" avtalsvillkor är effektivt, skulle konsumenten paradoxalt nog bli skyldig att inställa sig inför domstolen på en annan ort än där han hade sin hemvist, just för att hävda att det avtalsvillkor varigenom han har ålagts att göra detta är ett oskäligt villkor. Ett sådant system skulle uppenbarligen inte ha någon som helst verkan som skyddsinstrument för konsumenten, eftersom denne inte skulle kunna åberopa direktivets skydd utan att fortsätta att ställas inför alla nackdelar (kostnader för en rättegång på

25. Till allt detta skall det slutligen läggas att det faktum att domstolen tillerkänns behörighet att ingripa ex officio ligger helt i linje med det civilrättsliga system som anges i direktivet för påföljder av villkor som ingår i konsumentavtal och som faller inom dess tillämpningsområde. Det skall erinras om att medlemsstaterna enligt direktivet skall föreskriva att sådana villkor, på sätt som närmare stadgas i deras nationella rätt, inte är bindande för konsumenten (artikel 6.1). Även om direktivet, i enlighet med de gränser som har fastställts för en minimiharmonisering av de nationella lagstiftningarna, är begränsat till att endast allmänt ange det resultat som skall uppnås (det faktum att oskäligen villkor "inte är... bindande"), varvid konkreta civilrättsliga påföljder för dessa villkor skall fastställas i de nationella rättsordningarna,<sup>10</sup> är det uppenbart att det val som gjorts i och med denna formulering syftar till att tillerkänna direktivets bestämmelser en "tvingande" karaktär av ett "allmänt ekonomiskt slag", som skall åter-

10 — Se i detta avseende den jämförande bedömning som har utförts av Paisant, G.: "La lutte contre les clauses abusives des contrats dans l'Union européenne", i *Vers un code européen de la consommation, sous la direction de F. Osinan*, Bryssel, 1998, s. 165 ff., särskilt s. 174, där det framgår att de flesta medlemsstater har beslutat sig för en uttrycklig påföljd som innebär att ogiltigförklara oskäligen villkor.

spelas i den behörighet som tillerkänns de nationella domstolarna.<sup>11</sup>

26. Det faktum att domstolen tillerkänns behörighet att ex officio fränkänna ett avtalsvillkor verkan anser jag definitivt kunna hänföras i sin helhet till det allmänna sammanhanget för det särskilda skydd som direktivet avser att tillerkänna allmänna intressen, som utgör en del av den allmänna ekonomiska ordningen och därför går längre än parternas särskilda intressen. Med andra ord finns det ett allmänt intresse av att villkor som är till nackdel för konsumenterna inte skall ha någon verkan. Ur ett grundläggande perspektiv motiverar detta intresse den påföljden att villkoret, som inte varit föremål för en individuell

förhandling med konsumenten, även om det har undertecknats av denne, "inte är... bindande". Ur ett processrättsligt perspektiv är det motiverat med ett ingripande från domstolen som, oberoende av konsumentens uppträdande inför densamma, inte får tillämpa villkoret, när den har bedömt i vilken mån detta har varit till nackdel för konsumenten.

27. Om skyddet för de rättigheter som tillerkänns genom direktivet inte skulle bli "effektivt", ifall man inte tillät den nationella domstolen att ex officio bedöma avtalsvillkoret mot bakgrund av direktivets bestämmelser, kan följden bara bli att domstolen med hänsyn till den samarbetskyldighet, som enligt artikel 5 i EG-fördraget (nu artikel 10 EG) åligger alla nationella organ — även domstolarna, inom ramen för deras behörighet — skall underlåta att tillämpa de nationella processrättsliga bestämmelser som eventuellt inte medger en sådan bedömning. Det är dessutom fråga om en princip som har tillämpats vid upprepade tillfällen i domstolens rättspraxis och som tillsammans med den allmänna principen om gemenskapsrättens företräde<sup>12</sup> utgör ett hinder för att de nationella processrättsliga bestämmelserna tillämpas av domstolen

11 — I detta avseende skall det påpekas att den franske lagstiftaren uttryckligen tillerkände bestämmelser om konsumentskydd mot oskäliga villkor en karaktär av "tvingande rätt", när han införlivade direktivet med sin nationella rätt (se konsumtionslagen, artikel L. 132.1). I doktrinen anses det som en följd av denna beteckning att "le juge doit désormais soulever d'office la nullité de la clause abusive" (Karimi, A.: "Les modifications des dispositions du code de la consommation concernant les clauses abusives par la loi nr 95-96 du 1 er février 1995", i *Les petites affiches*, nr 54 (1995), s. 4 ff.). I Italien fastställs det först i den nya artikel 1469d i civilagen att de villkor som anses vara oskäliga "sono inefficaci mentre il contratto rimane efficace per il resto", och sedan tilläggs följande: "l'inefficacia opera soltanto a vantaggio del consumatore e può essere rilevata d'ufficio dal giudice". Beträffande det belgiska systemet, se Balate, E.: "Le contrôle des clauses abusives: premier bilan", i *Droit de la consommation*, 1997, s. 321 ff., särskilt s. 131 och 140, där det påpekas att de ifrågavarande bestämmelserna på grund av sin karaktär av "tvingande rätt" skall tillämpas ex officio av domstolen, även om konsumenten inte inställer sig personligen vid rätten. För en allmän bedömning, se Tenreiro, M.: "The Community Directive on Unfair Terms and National Legal Systems", i *European Review of Private Law*, 1995, s. 273 ff., särskilt s. 282, där det fastställs att det av det föga tekniska uttrycket, som innebär att oskäliga villkor "inte är... bindande" för konsumenterna kan dras konkreta slutsatser, bland annat att: "the judge shall declare a term as unfair and refuse to enforce it ex officio, without any need for special demand from the consumer".

12 — Dom av den 9 mars 1978 i mål 106/77, Simmenthal (REG 1978, s. 629; svensk specialutgåva, volym 4, s. 75), punkterna 17—24.

när de inte medger ett effektivt skydd för de rättigheter som tillerkänns genom gemenskapsrätten.<sup>13</sup>

Det skall också påpekas att den gemenskapsbestämmelse som har en sådan verkan i detta mål ingår i ett direktiv som inte har införlivats med den nationella rätten inom tidsfristen. Eftersom tvisten i målet vid den nationella domstolen är en tvist mellan enskilda, skall det avgöras om denna omständighet kan ha en negativ inverkan på fastställelsen av den nationella domstolens behörighet.

13 — Jag vill erinra om att domstolen beträffande förhållandet mellan den nationella domstolens skyldigheter och nationella processrättsliga principer vid flera tillfällen har fastställt att det i avsaknad av gemenskapsbestämmelser på detta område tillkommer varje medlemsstat att i sin nationella rättsordning fastställa förfarandebestämmelserna för sådan talan vid domstol som är avsedd att säkerställa skyddet för de rättigheter som tillerkänns enskilda genom gemenskapsrättsliga bestämmelser. Dessa bestämmelser får emellertid varken vara mindre förmånliga än de som avser liknande talan enligt nationell rätt eller göra utövandet av de rättigheter som följer av gemenskapsrätten praktiskt taget omöjligt eller alltför svårt. Se i detta avseende dom av den 16 december 1976 i mål 33/76, Rewe (REG 1976, s. 1989; svensk specialutgåva, volym 3, s. 261), punkt 5, av den 16 december 1976 i mål 45/76, Comet (REG 1976, s. 2043), punkterna 12—16, av den 27 februari 1980 i mål 68/79, Just (REG 1980, s. 501; svensk specialutgåva, volym 5, s. 31), punkt 25, av den 9 november 1983 i mål 199/82, San Giorgio (REG 1983, s. 3595; svensk specialutgåva, volym 7, s. 389), punkt 14, av den 25 februari 1988 i de förenade målen 331/85, 376/85 och 378/85, Bianco och Girard (REG 1988, s. 1099; svensk specialutgåva, volym 9, s. 387), punkt 12, av den 24 mars 1988 i mål 104/86, kommissionen mot Italien (REG 1988, s. 1799), punkt 7, av den 14 juli 1988 i de förenade målen 123/87 och 330/87, Jeunehomme och EGI (REG 1988, s. 4517), punkt 17, av den 19 november 1991 i de förenade målen C-6/90 och C-9/90, Francovich m.fl. (REG 1991, s. I-5357; svensk specialutgåva, volym 11, s. 435), punkt 43, av den 9 juni 1992 i mål C-96/91, kommissionen mot Spanien (REG 1992, s. I-3789), punkt 12, av den 1 april 1993 i de förenade målen C-31/91—C-44/91, Lageder m.fl. (REG 1993, s. I-1761), punkterna 27—29, av den 14 december 1995 i de förenade målen C-430/93 och C-431/93, Van Schijndel och Van Veen (REG 1995, s. I-4705), punkterna 16 och 17, av den 14 december 1995 i mål C-312/93, Peterbroeck (REG 1995, s. I-4599), punkt 12, av den 17 juli 1997 i mål C-242/95, GT-Link (REG 1997, s. I-4449), punkterna 24 och 27 och av den 1 juni 1999 i mål C-126/97, Eco Swiss (REG 1999, s. I-3055), punkterna 31—41.

28. I detta avseende vill jag framför allt påpeka att det i detta mål inte är lätt för den nationella domstolen att i enlighet med de skyldigheter som den har till följd av domstolens rättspraxis göra en ”riktig tolkning” av bestämmelserna i den nationella rättsordningen i förhållande till direktivets syfte och ordalydelse, när ett direktiv inte har införlivats med den nationella rättsordningen på ett korrekt sätt. Även om det är riktigt att den nationella domstolen skall göra en mer exakt bedömning på grundval av faktiska omständigheter, är det uppenbart att det — medan den spanska lagstiftningen före direktivets införlivande lätt kunde tolkas så, att det föreliggande felet var att hänföra till den kategori av fel som leder till att avtalsvillkoret skall anses vara en nullitet — finns en klar och tydlig motsättning mellan de nationella processrättsliga bestämmelserna och direktivet, vilkas tillämpning leder till helt olika resultat.<sup>14</sup> Å ena sidan är det genom den nationella processrättsliga bestämmelsen också i fråga om avtal som slutits mellan en näringsidkare och en konsument och som faller inom direktivets tillämpningsområde möjligt att göra ett undantag från de allmänna behörighetsvillkoren genom att fastställa att exklusiv behörighet för att avgöra avtalstvister skall tillerkännas domstolen på den ort där näringsidkaren har sitt säte. Enligt de allmänna principer som ligger till grund för direktivets konsumentskyddsreglering, som det har redogjorts för ovan, krävs å andra sidan att ett avtalsvillkor med en sådan lösning inte skall vara bindande för konsumenten på grund av att det enligt direktivet är ”oskäligt”. Uppenbarligen tycks det inte finnas någon nationell bestämmelse enligt vilken det mål som

14 — Se artikel 10.1 och 10.4 i lag nr 26/1984.

eftersträvas genom direktivet kan anses vara uppnått.<sup>15</sup> Jag vill upprepa att det emellertid tillkommer den nationella domstolen att göra en mer exakt bedömning i detta avseende.

sätt möjliggöra ett effektivt skydd för de rättigheter som tillerkänns genom dessa sistnämnda bestämmelser. Denna skyldighet skulle föreligga trots att endast enskilda är inblandade i tvisten i målet vid den nationella domstolen och att det i detta sammanhang uppenbarligen saknar betydelse att en av parterna inte har infunnit sig personligen vid rätten. Men om en sådan verkan däremot inte anses kunna tillerkännas ett direktiv som inte har införlivats med den nationella rätten, måste den nationella domstolen godta giltigheten hos det val av forum som framgår av det villkor som den själv anser vara oskäligt.

29. Med utgångspunkt i att de båda bestämmelserna är oförenliga med varandra måste följaktligen den domstol som skall avgöra tvisten välja mellan två rättsordningar som "konkurrerar" med varandra; den nationella, som gör det möjligt att välja forum och den gemenskapsrättsliga, enligt vilken domstolen *ex officio* skall förklara sig sakna behörighet. Sedan blir det aktuellt att undersöka om ett direktiv som inte har införlivats med den nationella rätten inom tidsfristen kan användas som en parameter för nationella processrättsliga bestämmelsers legalitet, vilket skulle medföra att den nationella domstolen skulle bli tvungen att avstå från att tillämpa dessa bestämmelser för att garantera gemenskapsbestämmelsernas företräde och på så

30. I detta avseende anser jag att principen om gemenskapsrättens företräde framför nationell rätt och skyldigheten att garantera en enhetlig tillämpning av gemenskapsbestämmelserna innebär att *den nationella bestämmelse som är oförenlig med gemenskapsrätten inte skall tillämpas*, när ett direktiv inte har införlivats inom den vederbörliga tidsfristen, även när detta direktiv inte är tillräckligt precist eller inte har direkt effekt inom ramen för "horisontella" förhållanden och därför inte tillerkänner de enskilda rättigheter som dessa kan göra gällande vid domstolarna. På grund av den ovannämnda samarbetskyldighet som åligger de nationella domstolarna inom ramen för deras behörighet, skall domstolar och administrativa myndigheter så att säga "låta bli att tillämpa" den oförenliga nationella lagen. Som vi senare kommer att se tycks en sådan slutsats ha antytts i domstolen rättspraxis och dess-

15 — I domen av den 26 september 1996 i mål C-168/95, *Arcaro* (REG 1996, s. I-4705) har domstolen med rätta utgått ifrån att gemenskapsrätten inte gör det möjligt för den nationella domstolen att undanröja inhemska bestämmelser som strider mot en bestämmelse i ett direktiv som inte har införlivats och sedan tillagt att tillämpningen av en "riktig tolkning" finner sin begränsning när en sådan tolkning leder till att en enskild åläggs en skyldighet som föreskrivs i ett icke införlivat direktiv eller, med ännu större rätt, när den leder till att straffrättsligt ansvar, på grundval av direktivet och när det inte finns någon lag för dess genomförande, uppkommer eller skärps för personer som handlar i strid med dess bestämmelser (punkt 42). Följaktligen har domstolen på goda grunder uteslutit att en enskild enligt en "riktig tolkning" av den inhemska lagstiftningen i förhållande till ett direktiv som inte har införlivats, kan åläggas en påföljd för att ha åsidosatt detta direktiv och särskilt att denna påföljd kan vara av en straffrättslig karaktär.

utom har den sedan länge uppmärksamats i doktrinen.<sup>16</sup>

16 — Utan att vilja ge en uttömmande uppräknin g erinrar jag endast om följande verk: Simon, D.: *La directive européenne*, Paris 1997, s. 4 ff., där det fastställs att "l'obligation d'écarter les règles nationales contraires au droit communautaire s'impose au juge national en vertu du principe de primauté, y compris si la norme en cause est dépourvue d'effet direct. Si le juge national... ne peut se substituer à l'autorité de transposition, rien ne lui interdit en revanche d'écarter l'application d'une règle nationale incompatible avec une norme qui lui est hiérarchiquement supérieure en vertu du principe de primauté. A contrario, toute autre solution, qui aurait pour conséquence d'autoriser les juridictions nationales à faire prévaloir une norme interne incompatible avec le droit communautaire, remettrait directement en cause la primauté du droit communautaire et plus précisément, en l'occurrence, l'effet obligatoire et l'uniformité d'application des directives. Certes, l'analyse proposée suppose un découplage entre effet directe et primauté, mais cette dissociation paraît précisément constituer l'un des axes dominants de l'évolution récente de la jurisprudence de la Cour de justice comme des juridictions nationales" (min kursivering). Prechal: "Directives" i *European Community Law*, Amsterdam, 1995, särskilt s. 121 och 122: "if the theoretical underpinning of the principle of supremacy is the conception of an autonomous Community legal order involving a transfer of powers to the Community and consequent limitations of Member States' sovereign rights..., national legal rules which are contrary to a directive cannot apply or cannot validly be adopted, as they are *ultra vires*.... in practice the construction often amounts to giving directives and Community law in general a higher ranking in the hierarchy of norms which are valid within a national legal system". Ruggieri, A.: "Continuo e discontinuo nella giurisprudenza costituzionale, a partire dalla sent. n. 170 del 1984, in tema di rapporti tra ordinamento comunitario e ordinamento interno: dalla 'teoria' della separazione alla 'prassi' dell'integrazione intersistemica?" i *Giurisprudenza costituzionale*, 1991, s. 1583, särskilt s. 1608: "när den föreskrivna fristen för införlivande har löpt ut utan att någon åtgärd har vidtagits, krävs det — för att säkerställa en sträng och sammanhängande tillämpning av principen om gemenskapsrättens företräde — att lagar som strider mot direktiven, och som inte snabbt ändras på sådant sätt att de står i överensstämmelse med de gemenskapsrättsliga skyldigheterna, i efterhand förklaras vara konstitutionellt rättsstridiga på samma sätt som lagar som antas senare och som strider mot konstitutionella regler". Se även Timmermans, "Directives: their Effects within the National Legal Systems" i *Common Market Law Review*, 1979, s. 533 ff.. Galmot, Bonichot: "La Cour de justice européenne et la transposition des directives en droit national" i *Revue Française de Droit Administratif*, 1988, s.4 ff.. Manin: "L'invocabilité des directives: quelques interrogations" i *Revue Trimestrielle de droit européen*, 1990, s. 669 ff., särskilt s. 690. Bach: *Direkte Wirkung von EG-Richtlinien*, JZ, 1990, s.1108 ff., Lenaerts: "L'égalité de traitement en droit communautaire" i *Cahiers de droit européen*, 1991, s. 38 och fotnot 120. Slot: "Commento alla sentenza C.I.A. Security International SA" i *Common Market Law Review*, 1996, s. 1036 och 1049. Timmermans: *Community Directives Revisited*, *Yearbook of European Law*, 1998, s.1 ff.. Barav: *Rapport Général*, XVIII Congrès FIDE, Stockholm, 1998, volym III (Les directives Communautaires: effets; efficacité; justiciabilité), s. 433 ff. Beträffande det tvivel som uppkommit till följd av domstolens rättspraxis, se Holson, C., Downes, T.: "Making Sense of Rights: Community Rights" i *E.C. Law*, *European Law Review*, 1999, s. 121 ff..

31. Till stöd för denna uppgift vill jag påpeka att domstolen å ena sidan har betonat att direktiven är bindande i enlighet med artikel 189 i EG-fördraget (nu artikel 249 EG), som innebär en skyldighet för medlemsstaterna att uppnå de resultat som eftersträvas genom direktiven och å andra sidan att det enligt artikel 5 i EG-fördraget föreligger en skyldighet att vidta alla lämpliga åtgärder, både allmänna och särskilda, för att säkerställa att ett sådant resultat uppnås. Därefter har den fastställt att dessa skyldigheter åligger alla medlemsstaternas myndigheter, även domstolarna inom ramen för deras behörighet. I detta sammanhang har domstolen framför allt tillstått att de nationella domstolarna, vid tillämpningen av nationell rätt, oavsett om det rör sig om bestämmelser som antagits före eller efter direktivet, är skyldiga att tolka den nationella rätten mot bakgrund av direktivets ordalydelse och syfte så att det resultat som eftersträvas genom direktivet uppnås. Bland två möjliga tolkningar av de nationella bestämmelserna skall domstolen följaktligen föredra den tolkning varigenom det resultat som eftersträvas genom direktivet kan uppnås.<sup>17</sup> Förutom denna, uppriktigt sagt föga revolutionerande, princip om en "riktig tolkning" har domstolen senare undersökt följderna av att direktiven placeras i en överordnad

17 — Dom av den 10 april 1984 i mål 14/83, Von Colson och Kamann (REG 1984, s. 1891; svensk specialutgåva, volym 7, s. 577), punkt 26, av den 13 november 1990 i mål C-106/89, Marleasing (REG 1990, s. 1-4135; svensk specialutgåva, volym 10, s. 575), punkt 8, av den 16 december 1993 i mål C-334/92, Wagner Miret (REG 1993, s. 1-6911; svensk specialutgåva, volym 14), punkt 20, och av den 25 februari 1999 i mål C-131/97, Carbonari (REG 1999, s. 1-1103), punkt 48. I domen i målet Marleasing har domstolen enträget uppmanat den nationella domstolen att tolka sin civilrättsförfarande i den bemärkelsen att det skall vara utslutet att tillämpa nationella bestämmelser som reglerar fall där ett aktiebolags stiftelseurkund är ogiltigt och som i enlighet med ett direktiv som inte har införlivats med den nationella rätten inte är tillåtna. Jag anser att även denna dom kan hänföras till den grupp av domar där domstolen har tillerkänt ett direktiv som inte har införlivats med den nationella rätten en verkan som innebär att nationella bestämmelser som är oförenliga med gemenskapsrätten "utesluts", oberoende av förhållandets "vertikala" eller "horisontella" beskaffenhet. Se Louis, V.: *L'ordre juridique communautaire*, Bryssel, 1993, s. 147—149.

ställning inom källhierarkin i förhållande till nationella bestämmelser. Lagg märke till att detta har varit fallet även i mål som uteslutande har berört enskilda, där det på detta sätt, även om endast underförstått, har gjorts en korrekt åtskillnad mellan en gemenskapsbestämmelses direkta effekt i egentlig mening, vilket innebär att den kan åberopas gentemot en annan person inför domstol, och gemenskapsbestämmelsens möjligheter att fungera som en parameter för legaliteten hos en bestämmelse med en underordnad ställning inom källhierarkin.<sup>18</sup>

32. I detta avseende finns det anledning att nämna domen i målet CIA Security International, av den 30 april 1996.<sup>19</sup> Vid detta tillfälle hade Tribunal de commerce de Liège begärt att domstolen skulle tolka artiklarna 8 och 9 i rådets direktiv 83/189/EEG av den 28 mars 1983 om ett informationsförfarande beträffande tekniska stan-

darder och föreskrifter,<sup>20</sup> i förhållande till nationella bestämmelser om officiellt godkännande av alarmsystem och alarmutrustningar. I förfarandet vid den nationella domstolen hade ett företag (CIA Security International SA, nedan kallad CIA), vars verksamhet bestod i att sälja alarmsystem, väckt talan mot två företag med yrkande om att dessa skulle dömas för illojal konkurrens. Enligt CIA:s mening hade de två företagen gjort sig skyldiga till förtal beträffande kvaliteten på det alarmsystem som det förstnämnda företaget sålde. De två svarande företagen hävdade bland annat att dessa system inte uppfyllde villkoren i den gällande belgiska lagstiftningen, eftersom de inte hade godkänts i enlighet med denna reglering. CIA hävdade däremot att den nationella regleringen inte var tillämplig på grund av att den inte hade anmälts till kommissionen i enlighet med direktivet. Även om det var fråga om ett förfarande mellan enskilda hänvisade domstolen till sin fasta rättspraxis, som har följande lydelse: "[I] alla de fall när bestämmelserna i ett direktiv ur innehållsynpunkt förefaller ovillkorliga och tillräckligt precisa, [kan] dessa åberopas gentemot alla nationella bestämmelser som inte står i överensstämmelse med direktivet" (punkt 42, min kursivering). En medlemsstats åsidosättande av direktivet (som i detta mål består i underlåtenheten att anmäla tekniska föreskrifter och därmed åsidosätta den skyldighet som föreskrivs i direktivet), utgör mot bakgrund av de mål som eftersträvas i detta "ett förfarandefel vid antagandet av de tekniska föreskrifterna i fråga, som medför att dessa tekniska föreskrifter inte kan tillämpas och därmed inte kan tillämpas gentemot enskilda" (punkt 45). Slutligen framgår det av denna dom att en enskild inte får anklaga en

18 — Denna åtskillnad framträder tydligt i ett annat sammanhang i dom av den 16 juni 1998 i mål C-162/96, Racke (REG 1998, s. I-3655) i fråga om förhållandet mellan en rättsakt som har beslutats av en av gemenskapens institutioner och en folkrättslig bestämmelse. Efter att ha fastställt att internationella sedvanerättsliga regler som avser upphörande och suspension av ett avtalsförhållande till följd av en fundamental förändring av omständigheter binder gemenskapens institutioner och hör till gemenskapernas rättsordning (punkt 46) har domstolen förklarat "att den enskilde i det föreliggande fallet som en preliminär fråga har ifrågasatt giltigheten av en gemenskapsförordning med avseende på dessa regler för att göra gällande rättigheter direkt på grundval av ett avtal mellan gemenskapen och tredje land. Detta mål rör således inte den direkta effekten av nämnda regler" (punkt 47, min kursivering). Liksom i detta mål används slutligen den överordnade bestämmelsen som parameter för att bedöma den underordnade bestämmelsens legalitet, oberoende av det faktum att den enskilde tillerkänns en rättighet som kan åberopas vid domstol. Även om detta mål till skillnad från målet Racke avser förhållandet mellan gemenskapsrätten och nationell rätt, anser jag inte att denna omständighet skall medföra en annan lösning, särskilt inte om hänsyn tas till det typiska "monistiska" kriteriet, som domstolen alltid har iakttagit när den har definierat förhållandet mellan de båda rättsordningarna.

19 — Mål C-194/94 (REG 1996, s. I-2201).

20 — EGT L 109, s. 8; svensk specialutgåva, område 13, volym 12, s. 154, ändrat genom rådets direktiv 88/182/EEG av den 22 mars 1988 (EGT L 81, s. 75; svensk specialutgåva, område 13, volym 17, s. 36).

annan enskild för att ha underlåtit att iakttä en reglering som antagits med åsidosättande av direktivet. Detta direktiv fungerar som en "sköld" gentemot tillämpningen av en oförenlig bestämmelse, utan att det har någon betydelse att det är staten (som till exempel företräds av ett statligt kontrollorgan eller av skatteministeriet) eller en enskild som vänder sig till domstolen med en begäran om att den med gemenskapsrätten oförenliga lagen skall tillämpas.<sup>21</sup>

33. I målet Ruiz Bernáldez<sup>22</sup> begärde Audiencia Provincial de Sevilla däremot att domstolen skulle tolka rådets direktiv 72/166/EEG av den 24 april 1972 om tillnärmning av medlemsstaternas lagar och andra författningar om ansvarsförsäkring för motorfordon och kontroll av att försäkringsplikten fullgörs beträffande sådan ansvarighet.<sup>23</sup> I detta mål hade Rafael Ruiz Bernáldez kört bil under påverkan av alkohol och därför ådömts att utge ersättning för de sakskador som han hade förorsakat tredje man. Det försäkringsbolag hos vilket Rafael Ruiz Bernáldez hade tecknat en försäkring hade enligt den spanska regleringen om ansvarsförsäkring för motorfordon inte någon skyldighet att betala ut ersättning till den skadelidande parten. I denna reglering föreskrevs inte en sådan skyldighet när försäkringstagaren var påverkad av alkohol vid tidpunkten för olyckan. När domstolen besvarade tolkningsfrågan tog den avstånd från att en sådan reglering skulle vara förenlig med artikel 3.1. i det ovannämnda direktivet och drog följaktligen den slut-

satsen att det strider mot denna bestämmelse "att en försäkringsgivare kan göra gällande lagregler eller avtalsvillkor för att vägra ersätta en tredje man som lidit skada till följd av en olycka som har orsakats av det försäkrade fordonet" (punkt 20). Även i detta mål har domstolen uppmanat den nationella domstolen att inte tillämpa den nationella bestämmelsen som är oförenlig med direktivet, trots att detta inte på ett korrekt sätt hade införlivats med den nationella rätten. Följaktligen ställdes den enskilde — i detta fall försäkringsbolaget — inför en ekonomisk skyldighet som inte följde av den nationella regleringen.

34. Andra exempel, som har hämtats från domstolens aktuella rättspraxis, bekräftar att denna domstol anser direktivet utgöra en parameter för att bedöma den nationella bestämmelsen legalitet, oberoende av dess möjligheter att tillerkänna enskilda subjektiva "aktiva" rättigheter som kan åberopas inför domstol. I domen av den 11 augusti 1995, kommissionen mot Tyskland,<sup>24</sup> förkastade domstolen den uppfattning som hävdades av medlemsstaten i fråga och enligt vilken "det framgår av domstolens rättspraxis att ett direktiv inte kan ha direkt effekt annat än när det tillerkänner enskilda personer individuella rättigheter" (punkt 24). Eftersom artiklarna 2, 3 och 8 i direktivet om bedömning av inverkan på miljön,<sup>25</sup> inte tillerkänner individuella rättigheter av detta slag ansåg den tyska regeringen att det inte förelåg någon skyldighet att tillämpa dessa bestämmelser före direktivets genomförande, varför ett beslut

21 — Målet CIA Security International liknar det ännu inte avgjorda målet C-443/98, Unilever Italia.

22 — Dom av den 28 mars 1996 i mål C-129/94 (REG 1996, s. I-1829).

23 — EGT L 103, s. 1; svensk specialutgåva, område 6, volym 1, s. 111.

24 — Mål C-431/92 (REG 1995, s. I-2189). Se även dom av den 24 oktober 1996 i mål C-72/95, Kraaijeveld m.fl. (REG 1996, s. I-5403), punkterna 59 ff..

25 — Rådets direktiv 85/337/EEG av den 27 juni 1985 (EGT L 175, s. 40; svensk specialutgåva, område 15, volym 6, s. 226).



där tillstånd lämnas till utbyggnaden av ett värmekraftverk utan föregående bedömning av miljöpåverkan, inte borde ha varit föremål för ett förfarande för fördragsbrott. Domstolen har åsidosatt detta undantag genom att göra en tydlig skillnad mellan å ena sidan direktivets iakttagande och dess inverkan på den nationella regleringen, och å andra sidan de enskildas rätt att direkt åberopa direktivet.<sup>26</sup> Frågan om statens skyldighet att iaktta direktivet "är främmande" för de enskildas rätt att gentemot medlemsstaten direkt åberopa bestämmelser i ett icke genomfört direktiv (punkt 26).

35. Av ännu större betydelse är domstolens dom av den 30 april 1998 i målet Bellone,<sup>27</sup> eftersom det avser en tvist mellan enskilda. Vid detta tillfälle tolkade domstolen rådets direktiv 86/653/EEG av den 18 december 1986 om samordning av medlemsstaternas lagar rörande självständiga handelsagenter.<sup>28</sup> I tvisten vid den nationella domstolen hade handelsagenten Barbara Bellone väckt talan vid Pretore di Bologna för att tillerkännas rätten att erhålla ett belopp, som hon hävdade att Yokohama var skyldigt att utbetala till henne därför att hon hade varit verksam som handelsagent för detta bolag. Yokohama hävdade däremot att agenturavtalet var ogiltigt på grund av att handelsagenten inte var inskriven i registret över handelsagenter och handelsrepresentanter, vilket är obligatoriskt enligt den italienska regleringen. Följaktligen var det uppenbarligen fråga om en tvist mellan enskilda. Efter att

tydligt ha fastställt att avtalet enligt nationell rätt är giltigt under förutsättning att handelsagenter är inskrivna i registret (punkt 12), förklarade domstolen att det enligt direktivets bestämmelser var utslutet att ett sådant krav skulle kunna utgöra ett villkor för att tillerkänna handelsagenten rättsskydd enligt direktivet. Följaktligen fastställde domstolen att de båda bestämmelserna på ett oöverkomligt sätt var oförenliga med varandra och att detta uppenbarligen utslöt all "riktig tolkning".<sup>29</sup> Följaktligen drog den den slutsatsen att "direktivet utgör hinder för nationella bestämmelser vilka gör giltigheten av ett agenturavtal beroende av om handelsagenten är inskriven i ett för detta ändamål föreskrivet register". Med hänsyn till det processrättsliga sammanhanget måste detta påstående anses medföra en skyldighet för den nationella domstolen att avstå från tillämpa de avvikande nationella bestäm-

29 — I detta avseende skall det påpekas att domstolen ofta använder dessa bestämmelser i tvister mellan enskilda när den tolkar bestämmelserna i ett direktiv, varvid den bortser från de nationella genomförandebestämmelserna, som det system som är tillämpligt på detta mål. För att bara nämna några bland de mest aktuella målen, se dom av den 29 juni 1999 i mål C-60/98, *Butterfly Music* (REG 1999, s. I-3939) och av den 2 december 1999 i mål C-234/98, *G.C. Allen* (REG 1999, s. I-8643). Även om nu domstolen har förklarat att "för den nationella domstolen kan tolkningen av direktivet oavsett vilken verkan det har... utgöra ett lämpligt instrument för att garantera tolkningen och tillämpningen av nationella genomförandebestämmelserna i enlighet med de krav som uppställs i gemenskapsrätten" (dom av den 20 maj 1976 i mål 111/73, *Mazzalai*, REG 1976, s. 657; svensk specialutgåva, volym 13, punkt 10), saknar detta fastställande betydelse när den nationella regleringen som i detta mål eller i det ovan nämnda målet Bellone på ett oöverkomligt sätt är oförenligt med gemenskapsregleringen. Som ett svar på detta skulle domstolens dom kunna förklaras utgöra utgångspunkten för en lämplig bedömning av om medlemsstaten eventuellt skall göras ansvarig för att ha underlåtit att iaktta sin skyldighet att tillämpa direktivet, eftersom det härvid skulle bortses från tvisten vid den nationella domstolen, som berör två enskilda och inte medlemsstaten och domstolen skulle tillerkännas uppgiften att uttala sig om hypotetiska frågor, vilket den tidigare alltid har ansett sig vara obehörig att göra (dom av den 16 juli 1992 i mål C-343/90, *Lourenço Dias* (REG 1992, s. I-4673)). Sedan skall det påpekas att omständigheterna i detta mål skiljer sig från de omständigheter som ligger till grund för domen av den 7 december 1995 i mål C-472/93, *Spano m.fl.* (REG 1995, s. I-4321), där domstolen i en tvist mellan två enskilda tolkade innehålllet i ett direktiv som inte hade införts med den nationella rätten, för att den nationella domstolen ville veta "hur nationell rätt, särskilt artikel 2112 i civillagen, skall tillämpas för att stå i överensstämmelse med direktivet" (punkt 18).

26 — Till stöd för denna tolkning, se Edward, D.: "Direct Effect, The Separation of Powers and the Judicial Enforcement of Obligations" i *Studi in onore di Giuseppe Federico Mancini*, volym II, *Diritto dell'Unione europea*, Milano, 1998, s. 423 och 438.

27 — Mål C-215/97 (REG 1997, s. I-2191).

28 — EGT L 382, s. 17; svensk specialutgåva, område 6, volym 2, s. 150.

melserna som är oförenliga med direktivet, vilket inte har införlivats med den nationella rätten inom de fastställda tidsfristerna.<sup>30</sup>

36. Härtill skall det läggas att det skulle vara svårt att godta konsekvenserna av det faktum att gemenskapsdirektiven, som grundar sig på grundprinciperna om gemenskapsrättens företräde och dess enhetliga tillämpning i medlemsstaterna inte skulle tillerkännas en överordnad ställning inom källhierarkin, vilket skulle innebära att domstolar och administrativa myndigheter inte behövde avstå från att tillämpa nationella bestämmelser som är oförenliga med gemenskapsrätten. Tänk till exempel på fall där en medlemsstat, som i början har "ordning på" de skyldigheter som avses i artikel 189 i EG-fördraget (i den mån som denna artikel iakttas i medlemsstatens lagstiftning före eller efter direktivets utfärdande) senare antar bestämmelser som är uppenbart oförenliga med direktivet. Detta är faktiskt inte ett osannolikt antagande.<sup>31</sup> Om inte direktivet, när tidsfristen för att införliva detta med den nationella rätten har gått ut, anses kunna inverka på den giltiga utformningen av nationella bestämmelser, skulle den nationella domstolen i sådana fall i en tvist

mellan enskilda endast kunna tillämpa de nationella bestämmelser som antagits efter direktivets utfärdande, även om detta har skett i strid med direktivet, och endast tillerkänna den enskilde rätten att erhålla skadeersättning, när kraven för detta är uppfyllda. Uppenbarligen är en sådan lösning allt annat än tillfredsställande. Beträffande följderna av det hierarkiska förhållandet mellan gemenskapens rättsordning och den nationella rättsordningen är det dessutom uppenbart att det inte görs någon skillnad beroende på om den oförenliga lagen har antagits före eller efter utgången av den tidsfrist som har fastställts för att införliva direktivet med den nationella rätten.<sup>32</sup>

37. Slutligen innebär den nationella domstolens funktion som domstol inom gemenskapen att den anförtros den krävande uppgiften att garantera gemenskapsrättens företräde framför den nationella rätten. Behovet av att förhindra att medlemsstaterna genom sitt ensidiga uttalande, antingen det är genom underlåtenhet (att inte anta ett direktiv inom tidsfristen) eller genom handlande (att anta nationella bestämmelser som är oförenliga med direktivet), äventyrar den harmonisering som det föreskrivs om i gemenskapsdirektiven, kräver att det skall vara utslutet att tillämpa lagbestämmelser som är oförenliga med direktivet. För att detta krav skall ha

30 — Den italienska domstolen gjorde faktiskt en sådan tolkning av denna dom. Se dom nr 4817 från Corte suprema di cassazione, sez. Lavoro, av den 18 maj 1999, där det var utslutet att tillämpa den nationella bestämmelsen som domstolen i en tvist mellan enskilda hade ansett vara oförenlig med direktivet.

31 — En sådan fråga är föremål för det ännu oavgjorda målet C-343/98, Collino och Chiappero, där domstolen i en tvist mellan enskilda skall tolka direktiv 77/187/EEG av den 14 februari 1977 om tillnärmning av medlemsstaternas lagstiftning om skydd för arbetstagares rättigheter vid överlåtelse av företag, verksamheter eller delar av verksamheter (EGT L 161, s. 26; svensk specialutgåva, område 5, volym 2, s. 122).

32 — Domen i det ovannämnda målet Simmenthal, punkt 17.

åsyftad verkan måste denna "uteslutande verkan" träda i kraft varje gång som det blir frågan om att den nationella bestämmelsen skulle kunna tillämpas i samband med lösningen av en tvist, antingen denna är av offentlig- eller privaträttslig natur.

som det i alla händelser och uppenbarligen också i fråga om tvister mellan enskilda är fråga om en sådan "uteslutande verkan" som direkt följer av den samarbetskyldighet som det föreskrivs om i artikel 5 i fördraget.

38. Sedan skall det påpekas att en sådan lösning, där skillnad görs mellan den "ersättande verkan" och den "uteslutande verkan" hos ett direktiv som inte har införlivats med den nationella rätten inom tidsfristen, redan tycks ha antytts i domstolens rättspraxis beträffande följderna av en förklaring om att en skyldighet som följer av fördraget inte har fullgjorts. Det är känt att domstolen vid flera tillfällen har fastställt att domstolar och förvaltningsmyndigheter i den ifrågavarande medlemsstaten är skyldiga att avstå från tillämpa nationella bestämmelser som är oförenliga med gemenskapsrätten när det föreligger en förklaring om att en skyldighet som följer av gemenskapsrätten inte har fullgjorts. Denna skyldighet, som i början avsåg åsidosättandet av fördragets bestämmelser,<sup>33</sup> utvidgades senare till att även avse underlåtenheten att iaktta bestämmelserna i ett direktiv som inte hade införlivats med den nationella rätten.<sup>34</sup> Om en dom från domstolen i enlighet med artikel 169 i EG-fördraget (nu artikel 226 EG) inte anses ha någon konstitutiv verkan och denna dom endast innehåller en förklaring om att det har skett ett fördragsbrott är det inte nödvändigt för domstolen att ingripa efter-

39. Med hänsyn till ovanstående överväganden och för att återvända till behandlingen av detta mål, anser jag att det faktum att den nationella domstolen skall "låta bli att tillämpa" den processrättsliga nationella bestämmelsen i syfte att garantera gemenskapsrätten full verkan inte ger upphov till några svårigheter, utan att det är fullständigt i linje med de allmänna principerna om förhållandet mellan gemenskapens rättsordning och de nationella rättsordningarna, även när det till följd av att ovannämnda mekanism tillämpas i en tvist mellan enskilda är utslutet att tillämpa en processrättslig bestämmelse som är oförenlig med bestämmelserna i ett direktiv som inte har införlivats med den nationella rätten. Det faktum att den med direktivet oförenliga bestämmelsen utsluts ger i detta mål inte upphov till någon "rättslig lucka". En sådan lucka skulle i alla händelser kunna fyllas ut med hjälp av en analog tillämpning eller genom att åberopa de allmänna principerna i den nationella rättsordningen. När en sådan nationell reglering motsvarar de principer som ligger till grund för direktivet kan denna eventuella "lucka" fyllas ut genom tillämpningen av den allmänna processrättsliga bestämmelsen enligt vilken behörighet tillerkänns domstolen på den ort där gäldenären har sin hemvist.

33 — Dom av den 13 juli 1972 i mål 48/71, kommissionen mot Italien (REG 1972, s. 529; svensk specialutgåva, volym 2, s. 19) punkt 7.

34 — Dom av den 19 januari 1993 i mål C-101/91, kommissionen mot Italien (REG 1993, s. I-191), punkt 23.

## Förslag till avgörande

40. Mot bakgrund av ovanstående överväganden föreslår jag att domstolen skall besvara den fråga som har ställts av Juzgado de Primera Instancia de Barcelona enligt följande:

En nationell domstol kan enligt rådets direktiv 93/13/EEG av den 5 april 1993 om oskäliga villkor i konsumentavtal ex officio bedöma huruvida ett villkor i det avtal som har lagts fram för den är oskäligt, när den undersöker huruvida en ansökan som har getts in till de nationella domstolarna kan tas upp till sakprövning.