



Rättsfallssamlingen

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
MANUEL CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA
föredraget den 9 september 2021¹

Mål C-296/20

Commerzbank AG
mot
E.O.

(begäran om förhandsavgörande från Bundesgerichtshof (Federala högsta domstolen, Tyskland))

”Begäran om förhandsavgörande – Civilrättsligt samarbete – Lugano II-konventionen – Domstols behörighet och erkännande och verkställighet av domar på privaträttens område – Behörighet vid konsumenttvister – Konsument som flyttar till en annan konventionsstat efter att avtalet ingåtts – Bedrivande av kommersiell verksamhet eller yrkesverksamhet i den konventionsstat där konsumenten har hemvist”

1. I sin begäran om förhandsavgörande undrar den hänskjutande domstolen hur artikel 15.1 c i 2007 års Luganokonvention² ska tolkas, för att få klarlagt vilken domstol som är behörig att pröva en tvist där en bank kräver att en kund ska betala det negativa saldot på sitt girokonto.

2. Det speciella med det här målet är att båda parterna hade hemvist i samma stat (Tyskland) när de ingick avtalet, men när kravet framställdes i domstol hade kunden hemvist i Schweiz.³ Målets *internationella karaktär* är således något som har uppkommit senare och som inte fanns där från början.

3. Om jag inte misstar mig så har domstolen ännu inte uttalat sig om artikel 15.1 c i konventionen.⁴ Det har den däremot gjort beträffande den motsvarande bestämmelsen i förordning/EG) nr 44/2001,⁵ vilken i sin tur avspeglas i den nu gällande förordning (EU) nr 1215/2012.⁶

¹ Originalspråk: spanska.

² Konvention om domstols behörighet och om erkännande och verkställighet av domar på privaträttens område, undertecknad den 30 oktober 2007 och godkänd på gemenskapens vägnar genom rådets beslut 2009/430/EG av den 27 november 2008 (EUT L 147, 2009, s. 1) (nedan kallad Lugano II-konventionen eller konventionen). Domstolen är behörig att tolka den enligt protokoll nr 2 till konventionen.

³ Konventionen är bindande för båda staterna. I detta förslag till avgörande syftar ordet ”stat” på de stater som är bundna av konventionen och inte på tredjeland.

⁴ I dom av den 2 maj 2019, Pillar Securitisation (C-694/17, EU:C:2019:345), tog domstolen upp begreppet ”konsument” i artikel 15 i konventionen.

⁵ Rådets förordning (EG) nr 44/2001 av den 22 december 2000 om domstols behörighet och om erkännande och verkställighet av domar på privaträttens område (EGT L 12, 2001, s. 1).

⁶ Europaparlamentets och rådets förordning (EU) av den 12 december 2012 om domstols behörighet och om erkännande och verkställighet av domar på privaträttens område (EUT L 351, 2012, s. 1). Den motsvarande bestämmelsen i den förordningen är artikel 17.1 c.

4. Jag anser inte att domstolens domar inom detta område, sammantagna, kastar tillräckligt ljus över denna fråga, vars påverkan på den ekonomiska verksamheten för den som ingår avtal med en konsument inte är obetydlig.

I. II – Tillämpliga bestämmelser: Lugano II-konventionen

5. Avsnitt 1 i avdelning II ("Allmänna bestämmelser") innehåller artiklarna 2 och 3 som har följande lydelse:

- Artikel 2.1: "Om inte annat föreskrivs i denna konvention, skall talan mot den som har hemvist i en konventionsstat väckas vid domstol i den staten, oberoende av i vilken stat han eller hon är medborgare."
- Artikel 3.1: "Talan mot den som har hemvist i en konventionsstat får väckas vid domstol i en annan konventionsstat endast med stöd av bestämmelserna i avsnitten 2–7 i denna avdelning."

6. Avsnitt 4 i avdelning II ("Behörighet vid konsumenttvister") innehåller artiklarna 15, 16 och 17 som har följande lydelse:

- Artikel 15.1 c:

"1. Om talan avser avtal som har ingåtts av en person, konsumenten, för ändamål som kan anses ligga utanför hans affärsverksamhet eller yrkesverksamhet, gäller i fråga om behörigheten, om inte annat följer av föreskrifterna i artikel 4 och artikel 5.5, bestämmelserna i detta avsnitt

...

- c) i övriga fall, om avtalet har ingåtts med en person som bedriver kommersiell verksamhet eller yrkesverksamhet i den konventionsstat där konsumenten har hemvist eller, på något sätt, riktar sådan verksamhet till den staten eller flera stater, däribland den staten, och avtalet faller inom ramen för sådan verksamhet."

- Artikel 16.2:

"2. Talan mot en konsument får av den andra avtalsparten väckas endast vid domstolarna i den konventionsstat där konsumenten har hemvist."

- Artikel 17.3:

"Avvikelser från bestämmelserna i detta avsnitt i ett avtal om domstols behörighet gäller endast om avtalet

- 3) har ingåtts av en konsument och dennes avtalspart, vilka vid avtalets ingående hade hemvist eller sin vanliga vistelseort i samma konventionsstat, och avtalet ger domstolarna i den staten behörighet, såvida inte ett sådant avtal strider mot lagen i den staten."

II. Faktiska omständigheter, det nationella målet och tolkningsfrågor

7. Commerzbank AG, som har sitt huvudkontor i Frankfurt am Main (Tyskland), har en filial i Dresden (Tyskland) som år 2009 öppnade ett konto åt en kund som då också var bosatt i Dresden, vilket banken förde som löpande checkkonto.

8. Kunden fick ett kreditkort från banken vars transaktioner skulle kopplas till kontot. Banken tillät en övertrassering av kontot när kunden gjorde transaktioner med kreditkortet som belastade kontot, utan att det fanns tillräcklig täckning.

9. Kunden flyttade till Schweiz år 2014. I januari 2015 ville kunden avsluta sin affärsförbindelse med Commerzbank AG. Vid denna tidpunkt uppvisade kontot ett negativt saldo på grund av en debitering i september 2013. Kunden vägrade att utjämna detta saldo, eftersom denna debitering berodde på att tredje man hade använt kreditkortet på ett oegentligt sätt utan hans samtycke.

10. I april 2015 sade Commerzbank upp avtalsförhållandet med omedelbar verkan och upprättade ett debetsaldo till sin fördel. Kunden utjämnade inte saldot.

11. Commerzbank väckte talan om betalning vid Amtsgericht Dresden (Distriktsdomstolen i Dresden, Tyskland), som fann att talan inte kunde upptas till prövning på grund av bristande behörighet.

12. Commerzbank vann heller inte framgång med sitt överklagande av det beslutet och banken överklagade då till Bundesgerichtshof (Federala högsta domstolen, Tyskland), som har hänskjutit följande tolkningsfrågor till domstolen för ett förhandsavgörande:

- ”1) Ska artikel 15.1 c i Lugano II-konventionen tolkas så, att det för ett ’bedrivande’ av kommersiell verksamhet eller yrkesverksamhet i den konventionsstat där konsumenten har hemvist krävs en gränsöverskridande verksamhet från konsumentens avtalspart redan innan ett avtal ingås och vid avtalets ingående, eller ska bestämmelsen även tillämpas vid fastställandet av vilken domstol som är behörig att pröva en talan när avtalsparterna vid avtalets ingående hade sin hemvist i den mening som avses i artiklarna 59 och 60 i Lugano II-konventionen i samma konventionsstat och det rättsliga förhållandet först i efterhand fick internationell karaktär genom att konsumenten senare flyttade till en annan konventionsstat?
- 2) Om det inte krävs någon gränsöverskridande verksamhet vid avtalets ingående: Utgör artikel 15.1 c i Lugano II-konventionen jämförd med artikel 16.2 i Lugano II-konventionen generellt hinder mot att behörig domstol fastställs enligt artikel 5.1 i Luganokonventionen när konsumenten mellan avtalets ingående och väckandet av talan flyttar till en annan konventionsstat, eller krävs det dessutom att konsumentens avtalspart även bedriver kommersiell verksamhet eller yrkesverksamhet i den nya hemvistmedlemsstaten eller riktar sådan verksamhet till denna stat, och avtalet faller inom ramen för sådan verksamhet?”

III. Förfarandet vid domstolen

13. Begäran om förhandsavgörande inkom till domstolens kansli den 3 juli 2020.

14. Efter att domstolens beslut i målet mBank S.A.⁷ hade offentliggjorts och med hänsyn till dess samband med de frågor som tagits upp i förevarande mål, tillfrågades den hänskjutande domstolen den 3 september 2020 om den ville vidhålla sina tolkningsfrågor.

15. Den 6 oktober 2020 meddelade Bundesgerichtshof domstolen att den drog tillbaka den andra tolkningsfrågan men vidhöll den första.

16. Skriftliga yttranden har inkommit från Commerzbank, den schweiziska regeringen och kommissionen. Det har inte ansetts nödvändigt att hålla förhandling.

IV. Bedömning

A. Inledande överväganden

17. Den hänskjutande domstolen vill veta om det för att artikel 15.1 c i konventionen ska vara tillämplig

- krävs att förhållandet mellan näringsidkaren och konsumenten är av internationell ”karaktär” – i förevarande fall till följd av gränsöverskridande verksamhet från bankens sida – redan när avtalet upprättades och ingicks,
- eller om det räcker att den internationella karaktären har uppkommit i efterhand, i samband med att konsumenten flyttade till en annan konventionsstat.

18. Kommissionen, den schweiziska regeringen och Commerzbank har olika uppfattning om hur denna fråga ska besvaras och olika argument för det. Mot bakgrund av dessa argument⁸ anser jag att det är lämpligt att erinra om vissa aspekter av avsnitt 4 i avdelning II i konventionen, vilket handlar om behörighet vid konsumenttvister, innan jag går in på tolkningen av artikel 15.1 c i konventionen.

19. Den omständigheten att den här omtvistade bestämmelsen är praktiskt taget identisk med de motsvarande artiklarna i förordningarna nr 44/2001 och 1215/2012, innebär att tolkningen av dessa olika rättsakter bör vara överensstämmande.⁹

20. Liksom är fallet med dessa två förordningar, bör begreppen i artikel 15.1 c i konventionen tolkas självständigt för att säkerställa en enhetlig tillämpning av den i samtliga konventionsstater.¹⁰

⁷ Beslut av den 3 september 2020, mBank SA (C-98/20, EU:C:2020:672) (nedan kallat beslutet i målet mBank SA). Det handlade om tolkningen av artikel 18.2 i förordning nr 1215/2012, vars lydelse är identisk med lydelsen av artikel 16.2 i konventionen.

⁸ I synnerhet kommissionen offrar möjligheten för en näringsidkare som ingår avtal med en konsument att förutse vilken domstol som är behörig (skriftligt yttrande, punkt 51 och följande punkter).

⁹ Dom av den 2 maj 2019, Pillar Securitisation (C-694/17, EU:C:2019:345, punkt 27).

¹⁰ Vilket inte hindrar att andra unionsrättsliga bestämmelser beaktas, i synnerhet om behörighetsreglerna har inspirerats av dessa: se punkt 47 nedan i detta förslag till avgörande.

1. Ratio legis för avsnitt 4 i avdelning II i konventionen. Konsumentskydd

21. Ett prioriterat mål med avsnitt 4 i avdelning II i konventionen är att på ett ändamålsenligt sätt skydda konsumenten, som anses vara den ekonomiskt svagare parten i avtalsförhållandet och mindre erfaren i rättsliga angelägenheter än dennes avtalspart,¹¹ som är näringsidkare.¹²

22. Detta mål är inte absolut: lagstiftaren har inte föreskrivit ett obegränsat konsumentskydd och domstolen har inte heller tolkat det så.¹³

23. Att den ifrågavarande situationen har internationell karaktär är ett villkor som måste vara uppfyllt för att konventionen ska vara tillämplig. När behörigheten vid konsumenttvister fastställs i avsnitt 4 i avdelning II, utgör den inte något undantag från den regeln.¹⁴ Syftet med det skydd som den ger är att återställa balansen i förhållandet mellan parterna när det gäller internationell domstolsbehörighet.¹⁵

24. Genom de bestämmelser som koncentrerar den talan som väckts av eller mot konsumenten till dennes hemviststat, undanröjs de olägenheter det innebär för konsumenten att behöva tvista i en annan stat. På grund av sin ställning som den ”svagare parten” antas konsumenten inte alltid ha förmåga att på förhand förutse en eventuell process internationella anknytning och att beräkna riskerna med och kostnaderna för den.¹⁶ Dessutom förhindrar man att konsumenten avskräcks från att vidta rättsliga åtgärder på grund av att denne ser sig tvungen att väcka talan inför domstol i en annan stat än den där han eller hon har hemvist.¹⁷

25. Det skydd som tillförsäkras en konsument som har hemvist i en konventionsstat utgörs således av att: a) han eller hon får möjlighet att väcka talan vid samma domstolar som skulle vara behöriga vid tvister rörande inhemska avtal¹⁸ och b) näringsidkarens möjligheter att väcka talan mot konsumenten begränsas till dessa domstolar.

26. I annat fall skulle det kunna minska benägenheten att konsumera utanför den egna statens gränser, på den inomeuropeiska marknaden (eller inom Europeiska frihandelssammanslutningen (Efta)).

¹¹ Jag använder mig av detta begrepp, eftersom det är det som används i konventionen.

¹² Skäl 18 i förordning nr 1215/2012. Bland annat dom av den 11 juli 2002, Gabriel (C-96/00, EU:C:2002:436; nedan kallad domen Gabriel), punkt 39, av den 14 mars 2013, Česká spořitelna (C-419/11, EU:C:2013:165), punkt 33, och av den 7 december 2010, Pammer och Hotel Alpenhof (C-585/08 och C-144/09, EU:C:2010:740; nedan kallad domen Pammer och Hotel Alpenhof), punkt 58.

¹³ Beträffande just artikel 15.1 c i förordning nr 44/2001, se domen Pammer och Hotel Alpenhof, punkt 70, samt dom av den 6 september 2012, Mühlleitner (C-190/11, EU:C:2012:542, punkt 33) (nedan kallad domen Mühlleitner), och av den 23 december 2015, Hobohm (C-297/14, EU:C:2015:844, punkt 32) (nedan kallad domen Hobohm).

¹⁴ I förevarande mål är frågan huruvida den internationella karaktären ska ha en viss profil enligt artikel 15.1 c.

¹⁵ Se, för ett liknande resonemang, förslag till avgörande av generaladvokaten Cruz Villalón i målet Emrek (C-218/12, EU:C:2013:494), punkt 23.

¹⁶ Det är därför som en prorogationsklausul som har avtalats efter att tvisten uppkom anses giltig, även om den innebär att domstolarna i den stat där konsumenten har hemvist inte är behöriga (artikel 17.1 i konventionen). Konsumenten får även underförstått godta att andra domstolar än de där denne har hemvist är behöriga, vilket framgår av artikel 26.2 i förordning nr 1215/2012.

¹⁷ Dom av den 20 januari 2005, Gruber (C-464/01, EU:C:2005:32, punkt 34) (nedan kallad domen Gruber).

¹⁸ Bland andra.

2. Hänsyn till den ekonomiska aktören och möjligheten att förutse vilken domstol som är behörig

27. När det gäller den internationella domstolsbehörigheten är konsumentskyddet som nämnts inte ovillkorligt och det är inte heller opåverkat av andra gemensamma mål med konventionen.

28. För en ekonomisk aktör har reglerna om internationell domstolsbehörighet vid konsumentavtal företrädde framför reglerna i artikel 2 i konventionen (enligt vilken domstolarna i den stat där svaranden har hemvist är behöriga) och i artikel 5.1 (som rör särskild behörighet om talan avser avtal). De ska således tolkas strikt och inte ges en tolkning som går utöver de fall som uttryckligen avses i konventionen.¹⁹

29. Detta gäller inte minst eftersom reglerna i avsnitt 4 i avdelning II omvandlas till *forum actoris* för den konsument som väcker talan i domstol.

30. För att dessa regler ska vara tillämpliga i ett visst specifikt fall måste tre kumulativa villkor vara uppfyllda²⁰ och tolkningen av dem måste också vara strikt eller till och med restriktiv.²¹

31. Reglerna om internationell domstolsbehörighet vid konsumenttvister gäller som nämnts inte oberoende av de allmänna principerna i konventionen. Att stärka rättsskyddet för personer hemmahörande i Europeiska unionen, så att de kan förutse vilken domstol som är behörig, och att förhindra flera parallella förfaranden om samma sak är gemensamma mål som ska förenas med konsumentskyddet.²²

32. Möjligheten för en ekonomisk aktör att förutse var han kan väcka talan och var talan kan väckas mot honom är en avgörande faktor. Den påverkar tolkningen av avsnitt 4 i avdelning II i konventionen, som en motvikt till konsumentens privilegier. Jag ska visa nedan att så är fallet med artikel 15.1 c.

33. Enligt domstolens tolkning av konventionen innehåller den andra åtgärder som har samma inriktning. Bland dessa kan följande framhållas:

- Definitionen av begreppet konsument ökar den ekonomiska aktörens rättssäkerhet. En person betraktas inte som konsument när varan eller tjänsten används för ett ändamål som i icke försumbar utsträckning är kopplat till den berörda personens yrkesverksamhet.²³

¹⁹ Se, beträffande konventionen av den 27 september 1968 om domstols behörighet och om verkställighet av domar på privaträttens område (EGT L 299, 1972, s. 32; konsoliderad version i EGT C 27, 1998, s. 1; nedan kallad Brysselkonventionen), dom av den 3 juli 1997, Benincasa (C-269/95, EU:C:1997:337, punkt 14), domen Gabriel, punkt 36, och domen Gruber, punkterna 32 och 33. Beträffande förordning nr 44/2001, se domen Mühlleitner, punkterna 26 och 27, och beträffande förordning nr 1215/2012, dom av den 10 december 2020, Personal Exchange International (C-774/19, EU:C:2020:1015, punkt 24).

²⁰ Dom av den 10 december 2020, Personal Exchange International (C-774/19, EU:C:2020:1015, punkt 25): "Artikel 15.1 i förordning nr 44/2001 är tillämplig om tre villkor är uppfyllda. För det första ska det vara fråga om en avtalspart som är konsument och som handlar utanför sin affärs- eller yrkesverksamhet. För det andra ska det rent faktiskt ha ingåtts ett avtal mellan en sådan konsument och en näringsidkare. För det tredje ska avtalet falla in under en av de kategorier som anges i artikel 15.1 a–15.1 c."

²¹ Beträffande den restriktiva tolkningen av begreppet konsument, se bland annat dom av den 3 juli 1997, Benincasa (C-269/95, EU:C:1997:337, punkt 16), och av den 3 oktober 2019, Petruchová (C-208/18, EU:C:2019:825, punkt 41).

²² Dom av den 3 oktober 2019, Petruchová (C-208/18, EU:C:2019:825, punkt 52), och de som nämns i de efterföljande fotnoterna.

²³ Domen Gruber, punkt 45.

- Konsumenten och näringsidkaren ska ha ingått ett avtal. Det är ett villkor som måste vara uppfyllt, eftersom det gör det möjligt för den ekonomiska aktören att förutse att det uteslutande är domstolarna där konsumenten har hemvist som är behöriga.²⁴
- Näringsidkaren ska tydligt ha gett uttryck för en vilja att vara bunden av ett åtagande. Om ingen sådan vilja konstateras skulle det på sin höjd kunna anses föreligga en situation som föregår ett avtal eller är av kvasikontraktuell natur, och den omfattas då av avsnittet om de särskilda behörighetsreglerna.²⁵
- Det ska föreligga ett avtal mellan parterna i tvisten. Begreppet ”den andra avtalsparten” i artikel 16.1 i förordning nr 44/2001 ska tolkas på så sätt att det även avser avtalsparten till den aktör med vilken konsumenten har ingått avtalet, men bara om konsumenten från början var oskiljaktigt bunden genom avtal med två avtalsparter.²⁶

B. Artikel 15.1 c i konventionen: möjliga tolkningar

34. Artikel 15.1 c i konventionen, om vars tolkning den enda kvarvarande tolkningsfrågan handlar, medger i princip två tolkningar som leder fram till två olika svar, ett nekande och ett jakande:

- Det första (nekande) svaret bygger på att bestämmelsen tillämpas när en näringsidkare frivilligt ger avtalet en *internationell karaktär* genom att rikta eller sin ekonomiska verksamhet till eller bedriva den utanför den egna staten för att få kunder i andra stater. Så är inte fallet när rättsförhållandets internationella karaktär uppkommer först efter att avtalet har ingåtts, på grund av att konsumenten flyttar.
- Det andra (jakande) svaret bygger på att konsumentens hemvist när tvisten anhängiggjordes tillmäts större betydelse.

35. Jag vill redan här klargöra att jag anser att de skäl som talar för det förstnämnda svaret väger tyngst. Det går emellertid att tänka sig en kompromisslösning där man skapar jämvikt mellan konsumentens och näringsidkarens ställning, beträffande internationell domstolsbehörighet, när konsumenten flyttar till en annan stat efter att avtalet ingåtts.

1. Har den här frågan besvarats tidigare?

36. Domstolen har redan uttalat sig om artikel 15.1 c i förordning nr 44/2001 och artikel 17.1 i förordning nr 1215/2012. Det är således berättigat att fråga sig om slutsatsen kan dras att domstolen redan har besvarat frågan om motsvarande bestämmelse i konventionen.

²⁴ Dom av den 28 januari 2015, Kolassa (C-375/13, EU:C:2015:37, punkt 29), av den 25 januari 2018, Schrems (C-498/16, EU:C:2018:37, punkt 46), och av den 26 mars 2020, Primera Air Scandinavia (C-215/18, EU:C:2020:235, punkterna 62 och 63).

²⁵ Dom av den 14 maj 2009, ILSINGER (C-180/06, EU:C:2009:303, punkterna 56 och 57), dom av den 20 januari 2005, Engler (C-27/02, EU:C:2005:33, punkt 35 och följande punkter samt domslutet), och dom av den 28 januari 2015, Kolassa (C-375/13, EU:C:2015:37).

²⁶ Dom av den 14 november 2013, Maletic och Maletic (C-478/12, EU:C:2013:735, punkt 32), dom av den 28 januari 2015, Kolassa (C-375/13, EU:C:2015:37, punkt 33), dom av den 26 mars 2020, Primera Air Scandinavia (C-215/18, EU:C:2020:235, punkt 64), och dom av den 25 januari 2018, Schrems (C-498/16, EU:C:2018:37, punkt 46).

37. Jag utesluter inte ett resonemang som utgår från domen Pammer och Alpenhof och som därefter inriktas på att klarlägga huruvida det finns skäl att skilja mellan verksamhet som näringsidkaren *bedriver* i en stat och verksamhet som denne *riktar* till den staten, i samband med artikel 15.1 c i konventionen. Jag ska återkomma till den frågan längre fram.²⁷

38. Jag anser däremot inte att de tidigare meddelade domar som nämns i argumenten i förevarande mål, har någon avgörande betydelse för avgörandet av denna tvist.

39. Jag finner det svårt att av dessa domar dra slutsatsen att domstolen haft för avsikt att underförstått besvara en fråga som har samma lydelse som den som nu har hänskjutits. Den hänskjutande domstolen, som visar att den känner till EU-domstolens rättspraxis, härleder inte något entydigt svar från denna. De betungande konsekvenser som en tillämpning av konsumentskyddsreglerna får för näringsidkaren när denne *överraskas* av att kunden flyttar, vilket näringsidkaren inte hade räknat med eller kunnat förutse, kräver en uttrycklig diskussion om detta.

40. Målet mBank SA handlade visserligen om en situation som liknar den i förevarande mål. Domstolen omformulerade²⁸ emellertid de frågor som hade ställts till den och svarade att "begreppet 'konsumentens hemvist', i den mening som avses i artikel 18.2 i förordning nr 1215/2012 ska tolkas så, att det avser konsumentens hemvist vid tidpunkten då talan väcktes". Domstolen begränsade sitt resonemang till denna detalj.²⁹

41. Inte heller domen i mål C-327/10³⁰ ger svar på den fråga som har aktualiserats här. Domstolen uteslöt där inte att ett avtal mellan en näringsidkare och en konsument som hade hemvist i samma medlemsstat när avtalet ingicks skulle kunna omfattas av artikel 15.1 c i förordning nr 44/2001. Domstolen prövade emellertid inte den här aktuella frågan.³¹

42. På liknande sätt förhåller det sig med domen i målet C-478/12³², vilken enligt min uppfattning inte heller löser det här aktuella problemet:

- I den domen uttalade sig domstolen inte om den internationella karaktären som villkor för att artikel 15.1 c i förordning nr 44/2001 ska vara tillämplig, utan om tillämpligheten av förordningen som helhet.³³

²⁷ Punkterna 54, 55, 57 och följande punkter i detta förslag till avgörande.

²⁸ Den prövade enbart "huruvida artikel 18.2 i förordning nr 1215/2012 ska tolkas så, att begreppet 'konsumentens hemvist' i denna bestämmelse avser konsumentens hemvist vid tidpunkten då det aktuella avtalet ingicks eller konsumentens hemvist vid tidpunkten då talan väcktes" (punkt 23 i beslutet mBank SA).

²⁹ I beslutet mBank SA finns hänvisningen till artikel 17.1 i förordning nr 1215/2012 i punkterna 24 och 25 (genom härledning även i punkt 33) och den berör inte den här aktuella frågan: "... det avtal som är aktuellt i det nationella målet har ingåtts av en fysisk person i egenskap av konsument, och det finns inget i handlingarna i målet som tyder på att PA skulle ha ingått avtalet för ett ändamål som kan anses omfattas av hans yrkesverksamhet i den mening som avses i artikel 17.1 i förordning nr 1215/2012 Härav följer att i enlighet med sistnämnda bestämmelse kan det avtal som är aktuellt i det nationella målet anses utgöra ett 'avtal som har ingåtts av en konsument' i den mening som avses i den bestämmelsen."

³⁰ Dom av den 17 november 2011, Hypoteční banka (C-327/10, EU:C:2011:745).

³¹ I det målet ställde den hänskjutande domstolen sin fråga mot bakgrund av artikel 16.2 i förordning nr 44/2001, utan att föra något längre resonemang kring detta. Omständigheterna i det målet var under alla omständigheter exceptionella, vilket talar för att det inte ska betraktas som en förebild när det gäller en punkt som det inte förs något som helst resonemang kring. Varken i parternas argument eller i förslag till avgörande av generaladvokaten Trstenjak (C-327/10, EU:C:2011:561) togs denna aspekt upp. I domen nämns inte artikel 15 i förordning nr 44/2001.

³² Dom av den 14 november 2013, Maletic och Maletic (C-478/12, EU:C:2013:735).

³³ Se domen i föregående fotnot, punkt 25.

- Enligt domstolen ”ska det ... göras åtskillnad mellan å ena sidan frågan om under vilka villkor behörighetsreglerna i förordning nr 44/2001 ska tillämpas och å andra sidan frågan om vilka kriterier som ska gälla för internationell behörighet enligt dessa regler”.³⁴
- Skälet till att avsnitt 4 i avdelning II (närmare bestämt artikel 16.1 i förordningen) då tillämpades på den näringsidkare som var etablerad i den medlemsstat där konsumenten hade hemvist, var att det fanns ett intresse av att undvika flera parallella förfaranden rörande ”en enda rättshandling”, som utgjordes av avtal som ”oskiljaktigt” hörde samman med varandra trots att de ingåtts med två olika näringsidkare.³⁵

2. Argument som talar för att avtalet ska ha internationell karaktär redan från början

a) Näringsidkarens gränsöverskridande verksamhet

43. Artikel 15.1 c i Lugano II-konventionen har samma funktion som artikel 13.1 3 i 1988 års Luganokonvention tidigare hade³⁶ och den är på denna punkt identisk med Brysselkonventionen.

44. För att förstå denna bestämmelse är det nödvändigt att gå tillbaka till 1978 då den fördes in i Brysselkonventionen och att se till hur den utvecklats därefter.

1) Den första lydelsen

45. I den ursprungliga versionen (1968) i Brysselkonventionen, omfattade konsumentskyddet med avseende på internationell domstolsbehörighet artiklarna 13–15. Det avsåg bara avtal om avbetalningsköp och finansieringen av sådana köp och det avspeglade *status quo* i konsumentlagstiftningen i de ursprungliga medlemsstaterna i Europeiska ekonomiska gemenskapen.

46. I samband med konventionen om Konungariket Danmarks, Irlands och Förenade konungariket Storbritannien och Nordirlands tillträde till Brysselkonventionen,³⁷ lades ett tredje stycke till artikel 13, genom vilket tillämpningsområdet utsträcktes till att omfatta alla avtal om utförande av tjänster eller leverans av varor, om två villkor var uppfyllda, nämligen

- att avtalet föregicks av ett särskilt anbud eller av annonsering i det land där konsumenten har hemvist, och
- att konsumenten där vidtog de för avtalets ingående nödvändiga åtgärder.

³⁴ Dom av den 17 november 2011, Hypoteční banka (C-327/10, EU:C:2011:745, punkt 31).

³⁵ Dom av den 14 november 2013, Maletic y Maletic (C-478/12, EU:C:2013:735, punkt 29 och följande punkter).

³⁶ Konvention om domstols behörighet och om verkställighet av domar på privaträttens område, undertecknad i Lugano den 16 september 1988 (EGT L 319, 1988, s. 9).

³⁷ EGT L 304, 1978, s. 1.

47. Dessa kumulativa villkor inspirerades av artikel 5.2 första strecksatsen i Romkonventionen om tillämplig lag för avtalsförpliktelser.³⁸ De förutsatte en "passiv" konsument, det vill säga en konsument som näringsidkaren söker upp i hemmet, och de syftade till att säkerställa att det fanns ett nära samband mellan avtalet och den stat där konsumenten hade hemvist.

48. Typfallet i båda konventionerna var det där en ekonomisk aktör ger sig in på marknaden i ett annat land genom gränsöverskridande annonsering³⁹ eller genom att ombud eller kolportörer lämnar anbud till enskilda konsumenter.⁴⁰

49. Avtalets gränsöverskridande karaktär föranleddes av den ekonomiska aktörens initiativ. Konsumentens reaktion på annonseringen eller näringsidkarens anbud begränsades till den egna staten. Det var därför motiverat att den risk som den internationella karaktären medförde och kostnaderna för en process i den staten, uteslutande skulle bäras av näringsidkaren.

50. Den domstol där en eventuell talan mot konsumenten skulle väckas, eller där konsumenten fick väcka talan, var förutsebar för alla.

2) Ändringar

51. Artikel 15.1 c i förordning nr 44/2001, vilken återges i konventionen, utsträckte avsnitt 4 i avdelning II till att omfatta alla avtal och ändrade de villkor som skulle vara uppfyllda för att skyddsregeln skulle kunna utnyttjas. Syftet var att säkerställa konsumentskyddet "vad avser nya kommunikationsmedel och utvecklingen av elektronisk handel".⁴¹

52. Unionslagstiftaren ersatte de krav som ställdes på näringsidkaren respektive konsumenten med andra krav som bara gällde näringsidkaren. Konsumentens talan, platsen där avtalet ingicks eller hur det ingicks, skulle inte längre ha någon betydelse.⁴²

53. I Pocarrapporten om konventionen förklaras den nya lydelsen i konventionen.⁴³ Där betonas att "[d]en innehåller inga innovationer avseende försäljning av varor på avbetalningskredit eller lån som ska återbetalas i avbetalningar, *där det saknas behov av närhet mellan avtalet och den stat där konsumenten har sin hemvist*", men "[n]är det gäller andra avtal skulle emellertid en utvidgning av skyddet till alla konsumentavtal, och den utvidgning av *forum actoris* som detta medför, *inte vara berättigad utan en faktor som förenar den andra avtalsslutande parten och konsumentens hemviststat*".⁴⁴

³⁸ Domen Gabriel, punkt 40 och följande punkter, med hänvisning till Schlosserrapporten om konventionen om Konungariket Danmarks, Irlands och Förenade konungariket Storbritannien och Nordirlands tillträde till konventionen om domstols behörighet och om verkställighet av domar på privaträttens område samt till protokollet om domstolens tolkning (EGT C 59, 1979, s. 71), punkt 158 (nedan kallad Schlosserrapporten).

³⁹ Schlosserrapporten, punkt 161, *in fine*.

⁴⁰ Domen Gabriel, punkt 44. Begreppen "ombud" och "kolportatör" bekräftar tanken att den som lämnar anbudet är etablerad i en annan stat än konsumenten. Andra typiska verksamheter på den tiden var distans- och telefonförsäljning.

⁴¹ Domen Pammer och Hotel Alpenhof, punkterna 59 och 60, och domen Mühlleitner, punkt 38.

⁴² I domen Mühlleitner slog domstolen fast att det inte är nödvändigt att ett distansavtal har ingåtts för att artikeln ska vara tillämplig. Efter att konsumenten hade använt näringsidkarens webbplats begav han sig till den medlemsstat där näringsidkaren var etablerad, där köpeavtalet ingicks och köpet genomfördes. De faktiska omständigheterna liknar dem i dom av den 17 oktober 2013, Emrek (C-218/12, EU:C:2013:666).

⁴³ Vad beträffar förordning nr 44/2001, se motiveringen i förslag till rådets förordning (EG) om domstols behörighet och om erkännande och verkställighet av domar på privaträttens område (KOM/99/0348 slutlig), s. 15–17, i synnerhet s. 16: Utgångspunkten i den nya artikel 15 är att det är försäljaren som skapar anknytningen genom att rikta sin verksamhet till konsumentens stat.

⁴⁴ Pocarrapporten om Lugano II-konventionen (EUT C 319, 2009, s. 1), punkterna 82 och 83. Min kursivering.

54. När domstolen tolkade uttrycket ”riktar sådan verksamhet” i artikel 15.1 c i förordning nr 44/2001, fann den att för att den artikeln ska vara tillämplig ska näringsidkaren ha visat en vilja att upprätta kommersiella förbindelser med konsumenterna i en eller flera andra medlemsstater, och ingå avtal med dem.⁴⁵

55. Domstolen klargjorde att utvidgningen av konsumentskyddet bygger på samma scenario som tidigare, det vill säga det där en näringsidkare som är etablerad i en medlemsstat försöker *värva* kunder i andra medlemsstater.

56. Endast under sådana förhållanden kan näringsidkaren förutse att domstolarna i dessa andra medlemsstater är internationellt behöriga – och detta är en tvingande regel för näringsidkaren.

b) Verksamhet som bedrivs i den stat där konsumenten har hemvist

1) ”Bedriva” eller ”rikta” verksamheten

57. Domstolen har klargjort uttrycket ”riktar sådan verksamhet” i artikel 15.1 c i förordning nr 44/2001.

58. Jag finner inget skäl till att göra en annorlunda tolkning av den bestämmelsen, enligt vilken näringsidkarens agerande utgörs av att han *bedriver* verksamhet i den stat där konsumenten har hemvist eller *riktar* sådan verksamhet till den staten.

59. Jag uppfattar det så att det i båda dessa fall på samma sätt måste finnas en avsikt hos den ekonomiska aktör som är etablerad i en stat, och som vill inleda kommersiella förbindelser med konsumenter som har hemvist i en annan stat och ingå avtal med dem.

60. Förarbetena till förordning nr 44/2001 visar att ”verksamhet” är ett enhetligt begrepp (den bedrivs i den stat där konsumenten har hemvist eller riktas till den staten) och de bekräftar att bestämmelsen ska tillämpas på konsumentavtal som ingåtts ”via en interaktiv webbplats på Internet som är tillgänglig i den staten”.⁴⁶ Det innebär att avtal som ingåtts via internet likställs med avtal som ingåtts per telefon, fax eller andra liknande medier, för vilka behörigheten enligt artikel 16 inte ifrågasätts.⁴⁷

61. I den aktuella artikeln befinner sig orden ”bedriver” och ”riktar” på samma nivå och de binds samman av den samordnande konjunktionen ”eller”, som, då den har den här funktionen, visar att de delar som den förbinder är likställda med varandra.⁴⁸

62. Följden för näringsidkaren, vad beträffar den internationella domstolsbehörigheten, är densamma i båda fallen, vilket innebär att de ska underkastas samma villkor.

⁴⁵ Domen Pammer och Hotel Alpenhoff, punkterna 75 och 76 samt punkt 2 i domslutet.

⁴⁶ Se motiveringen i kommissionens förslag (fotnot 43 ovan i detta förslag till avgörande), s. 16.

⁴⁷ Se föregående fotnot.

⁴⁸ Det finns ingen motsättning mellan dem. I själva verket skulle ”rikta” antingen kunna vara ett sätt att bedriva verksamheten eller ett utgöra skede av detta bedrivande.

2) Konsumentens hemvist i artikel 15.1 c i konventionen

63. Artikel 15.1 c i konventionen avgränsar tillämpningen av avsnitt 4 i avdelning II med utgångspunkt i näringsidkarens verksamhet ”i den ... stat där konsumenten har hemvist”, eftersom den hemvisten är avgörande för vilken domstol som är behörig vid en eventuell tvist.

64. Enligt domstolen avses med konsumentens hemvist enligt artikel 18.2 i förordning nr 1215/2012 (vilken motsvarar artikel 16.2 i konventionen), den hemvist som konsumenten har vid den tidpunkt då talan väcks.⁴⁹

65. Ett avtal där en av parterna är konsument omfattas av den bestämmelsen om konsumentens hemvist, i egenskap av internationellt inslag, som är av betydelse⁵⁰ för den internationella domstolsbehörigheten, finns i den stat där näringsidkaren bedriver, eller till vilken denne riktar, sin verksamhet.

66. Denna tolkning är förenlig med beskrivningen av bakgrunden till artikel 15.1 c och syftet att säkerställa att den internationella domstolsbehörigheten är förutsebar för den ekonomiska aktören.

c) ”I övriga fall”. Skillnaden mellan olika typer av avtal

67. Som framgår av dess lydelse är artikel 15.1 c i konventionen subsidiär, eftersom den reglerar konsumentavtal som inte omfattas av led a och b i samma artikel.

68. För att dessa led – liksom alla andra bestämmelser i konventionen – ska vara tillämpliga, ska avtalet vara av internationell karaktär. Det krävs däremot inte att det ska finnas någon särskild koppling till konsumentens hemvist som den andra avtalsparten har gett upphov till.

69. Avsaknaden av specialvillkor var utmärkande för innehållet i den första versionen i Brysselkonventionen och det har kvarstått fram till i dag.

70. Domstolen har förklarat att den särskilda behandlingen av avtalen i led a och b, beror på de risker som är förknippade med betalning i särskilda poster. De köp som nu avses i artikel 15.1 a i konventionen är helt enkelt de där säljaren har låtit besittningsrätten till den aktuella varan övergå på köparen innan denne erlagt hela köpeskillingen.

71. I det fallet ”kan köparen vid avtalets ingående få en felaktig uppfattning om hur stort belopp han verkligen är skyldig, och han bär risken för att varan går förlorad medan han likväl är tvungen att erlagga resterande poster”.⁵¹

72. Dessa stora risker väger upp att det dessutom inte krävs att det ska finnas en närhet mellan avtalet och den stat där konsumenten har hemvist, när det gäller tillämpningen av avsnitt 4 i avdelning II i konventionen.

⁴⁹ Beslutet mBank SA.

⁵⁰ I själva verket får den betydelse om och när en tvist uppkommer, som behörighetskriterium.

⁵¹ Dom av den 27 april 1999, Mietz (C-99/96, EU:C:1999:202, punkt 31). Det är därför som det inte anses föreligga ett köp när betalningen ska erläggas i särskilda poster när hela köpeskillingen ska betalas innan besittningsrätten övergår, även om köparen har fått lov att erlagga betalning i särskilda poster.

d) Slutsats i denna del

73. Bestämmelsens bakgrund och syfte, domstolens rättspraxis rörande denna (eller dess tidigare motsvarigheter) och en jämförelse med artikel 16, talar för följande tolkning av artikel 15.1 c i konventionen: det krävs a) att näringsidkaren genom bedrivandet av sin verksamhet eller sitt anbud, frivilligt skapar en koppling till en annan konventionsstat än den där är etablerad, och b) att denna ”andra stat” är den stat där konsumenten har hemvist, vilken är den som används (eller kommer att användas längre fram) för att fastställa den internationella domstolsbehörigheten.

74. Logiskt sett kan följande slutsats dras av detta:

- Artikel 15.1 c omfattar inte avtal där båda parter har hemvist i en och samma konventionsstat när avtalet ingås.
- Att konsumenten därefter flyttar till en annan stat, innan talan väcks, räcker inte för att *öppna* avsnitt 4 i avdelning II i konventionen för andra avtal än avtal om köp av lös egendom där betalningen ska erläggas i särskilda poster, eller avtal för att finansiera sådana köp.

3. Argument som talar för att avtalet (eventuellt) har fått en internationell karaktär senare

75. Den tolkning av bestämmelsen som jag har föreslagit ovan skulle emellertid kunna krocka med artikel 17 i konventionen, vilken reglerar val av domstol vid avtal enligt artikel 15.

76. Enligt artikel 17.3 gäller prorogationsklausuler endast om parterna ”vid avtalets ingående” hade hemvist eller sin vanliga vistelseort i samma (konventions)stat och avtalet ger domstolarna i den staten behörighet, såvida inte ett sådant avtal strider mot lagen i den staten.

77. Själva konventionen tycks vid första anblicken medge att den omständigheten att båda parterna (näringsidkaren och konsumenten) har hemvist i en och samma stat vid den tidpunkt då avtalet ingås, inte utgör hinder för att anse att det är av internationell karaktär och därmed för att fastställa behörig domstol.

a) Val av behörig domstol före flytten

78. En regel som liknade artikel 17.3 i Lugano II-konventionen fanns i den första versionen (1968) av Brysselkonventionen, just i artikel 15.3.

79. I Jenardrapporten förklaras att den togs med av skälighetshänsyn, till förmån för säljare eller långgivare som har hemvist i samma stat som köparen eller låntagaren, när de sistnämnda flyttade utomlands efter att avtalet hade ingåtts.⁵²

80. Vid utformningen av 1978 års Brysselkonvention ändrades bestämmelsens lydelse för att klargöra att den avser den gemensamma hemvisten när avtalet ingicks och inte när talan väcktes.⁵³

81. Hänvisningen till säljare och långgivare ersattes av den nuvarande formuleringen. Det finns ingen förklaring till denna ändring.

⁵² Jenardrapporten om 1968 års Brysselkonvention (EGT C 59, 1979, s. 1), s. 152.

⁵³ Schlosserrapporten, punkt 161 *bis*.

82. När en konsuments flytt efter att avtalet ingåtts behandlades i Schlosserrapporten, nämndes uttryckligen att det var föga sannolikt att det påverkade det fall som avsågs i artikel 13 tredje stycket, i dess dåvarande lydelse.⁵⁴ Av samma skäl skulle artikel 15.3 också bara tillämpas undantagsvis i sådana fall.

b) Förhållandet mellan artiklarna 15 och 17.3 i konventionen

83. Placeringen av artikel 17.3 i det avsnitt som handlar om konsumentavtal har inget samband med placeringen av artikel 15.1 c i konventionen, eller med placeringen av de motsvarande artiklarna i de tidigare versionerna.

84. Dessutom är utgångspunkten för artikel 17.3 (att avtalsparterna har hemvist i en och samma konventionsstat när avtalet ingås) i själva verket oförenlig med utgångspunkten för artikel 15.1 c.

85. Det verkar emellertid inte som att lagstiftaren velat utesluta alla samband mellan de två bestämmelserna. Om så hade varit fallet skulle denne inte ha tagit bort den ursprungliga hänvisningen till avtalet mellan säljaren och köparen eller mellan långivaren och låntagaren.

86. Jag anser att denna motsättning (som lagstiftaren kanske inte har uppmärksammat) inte bör lösas genom att låta artikel 15.1 c omfatta situationer för vilka den inte var tänkt och som innebär att näringsidkaren blir utlämnad till den andra partens vilja,⁵⁵ utan att denne får en säker lösning i utbyte.

87. Möjligheten att ingå avtal om behörig domstol under de omständigheter som anges i artikel 17.3 är inte automatisk, eftersom den ytterst är avhängig varje konventionsstats beslut.

88. Jag är inte heller säker på att denna möjlighet i praktiken skyddar näringsidkaren mot en oväntad förändring av omständigheterna till följd av konsumentens ensidiga vilja.

89. Den situation som beskrivs i artikel 17.3 i konventionen är per definition inhemsk. Den naturliga avsikten hos de parter som ingår avtal om behörighet är att välja den territoriella. En utvidgning *ex lege* av det ursprungliga avtalets räckvidd som innebär att det ger behörighet på det internationella planet⁵⁶ överensstämmer inte med det som parterna har föreskrivit och jag kan inte se varför den ska åläggas dem.

90. Tillämpningsområdet för artikel 17.3 är de prorogationsklausuler som avtalats före en eventuell tvist, med det särskilda syftet att neutralisera ett framtida internationellt inslag som uppkommer på grund av att någon av parterna flyttar.⁵⁷

⁵⁴ Se punkt 46 i detta förslag till avgörande. I punkt 161 *in fine* i Schlosserrapporten anges att ”det nya avsnitt 4 ska inte tillämpas, utom i sällsynta undantagsfall, när konsumenten flyttar till en annan medlemsstat efter att avtalet ingåtts. De handlingar som krävs för att ingå det avtalet företas nästan aldrig i den nya hemviststaten.”

⁵⁵ Att ett utländskt inslag med konsekvenser för den internationella domstolsbehörigheten uppkommer efter att avtalet ingicks är en gemensam risk. I förhållanden i vilka det inte finns en svagare part har käranden emellertid tillgång till flera ”domstolar där denne kan gå till angrepp”, vilket inte är fallet med avsnitt 4 i avdelning II. En näringsidkare som omfattas av detta avsnitt har som kärande inte tillgång till några andra domstolar än domstolarna i konsumentens hemviststat. Artikel 17.3 öppnar inga ytterligare möjligheter för denne. Där byts bara domstolen där konsumenten för närvarande har hemvist ut mot domstolen där konsumenten hade hemvist när avtalet ingicks.

⁵⁶ Vilket innebär att avtalet uppfyller villkoren för att det ska vara giltigt, även på det planet. Parterna kan naturligtvis ge villkoret en annan räckvidd med hänsyn till den internationella karaktär som uppkommit senare. Det är föga sannolikt att de gör det innan tvisten har uppkommit. Ofta är det först då som näringsidkaren får kännedom om att konsumenten har flyttat. I det fallet tillämpas artikel 17.1 och inte artikel 17.3.

⁵⁷ Detta framgår också av Jenardrapporten, s. 152. Fallet rörde konsumentens flytt. I själva verket minskar klausulen även möjligheterna för denne i egenskap av kärande.

91. Sannolikheten för en sådan bestämmelse skiljer sig åt beroende på under vilka omständigheter avtalet ingås. Den är större om situationen redan då har ett internationellt inslag och mindre eller obefintlig om så inte är fallet.

92. Denna sannolikhet är också till stor del beroende av den berörda ekonomiska aktörens erfarenhet och de nationella bestämmelserna om val av behörig domstol:

- En liten näringsidkare som varken bedriver eller riktar sin ekonomiska verksamhet till andra länder, funderar knappast över den internationella behörigheten i sin dagliga verksamhet.
- För en förnuftig näringsidkare kan det lämpligaste vara att alltid föra in en klausul om val av behörig domstol i sina avtal, om den lag som är tillämplig medger det. Merkostnaderna för att göra det i enlighet med de lagstadgade bestämmelserna övervältrar näringsidkaren på konsumenten.⁵⁸
- En näringsidkare som är etablerad i en medlemsstat vars lagstiftning inte tillåter val av domstol, eller där det råder tvivel om detta, föredrar antingen att inte ingå avtal eller lägger i förebyggande syfte kostnaderna för en eventuell rättsprocess i utlandet på konsumenterna genom att höja priset i avtalen.

93. En tolkning som, för att förena artiklarna 15.1 c och 17.3 i konventionen, innebär att risken för internationella inslag som uppkommer senare på grund av att konsumenten flyttar under alla förhållanden ska bäras av näringsidkaren

- bortser från de typiska faktiska omständigheterna i den förstnämnda bestämmelsen,
- erbjuder olika lösningar beroende på i vilken konventionsstat som avtalet ingås, och
- är ägnad att medföra oönskade konsekvenser med avseende på den ekonomiska analysen och samtliga berörda parter intressen.

94. Jag anser därför att en sådan tolkning ska avfärdas.

C. Alternativt förslag

95. Om domstolen inte godtar mitt förslag, borde den kanske försöka hitta ett sätt att rädda såväl syftet att skydda konsumenten mot kravet på internationell karaktär (även då konsumenten själv ger upphov till det), som att göra det möjligt för den ekonomiska aktören att förutse vilken domstol som har internationell behörighet, vilket artikel 15.1 c i konventionen kopplar till dennes egen gränsöverskridande affärsverksamhet.

96. Jag anser att det inte är omöjligt att komma till rätta med den antinomi som jag har beskrivit ovan. Artikeln 15.1 c skulle kunna tolkas så att den omfattar varje situation där näringsidkaren bedriver eller riktar sin ekonomiska verksamhet till andra stater än den där denne är etablerad, bland annat den där konsumenten har hemvist när talan väcks.

⁵⁸ Punkt 161 *bis* i Schlosserrapporten handlar enbart om avtalets formkrav, vilka ska vara kraven i artikel 17 (artikel 23 i Lugano II-konventionen). Andra villkor är en följd av konsumentskyddslagstiftningen i den stat vars lag är tillämplig på avtalets giltighet.

97. I ett sådant fall hindrar den omständigheten att båda parterna har hemvist i samma konventionsstat när avtalet ingås, inte att artikel 15.1 c tillämpas och därmed avsnitt 4 i avdelning II i konventionen, med alla dess följder.

98. I ett sådant fall får även en konsument som i efterhand flyttar till en annan konventionsstat väcka talan vid domstolarna i den stat där den ekonomiska aktören är etablerad, eller vid domstolarna i den stat till vilken konsumenten har flyttat. Den ekonomiska aktören får bara väcka talan i den sistnämnda staten.

99. Jag är medveten om att om den ekonomiska aktören när avtalet upprättas och ingås är etablerad i samma stat som konsumenten har hemvist, utan att det finns någon omständighet som förebådar ett senare internationellt inslag, saknas det i princip skäl för att förutse en talan i en annan stat rörande just det avtalet.

100. Förutsebarheten hamnar i det fallet på en högre abstraktionsnivå. Genom att denne bedriver en viss typ av verksamhet i en annan stat, kan en normalt omsorgsfull näringsidkare inte vara okunnig om att talan kan väckas mot denne där med avseende på alla avtal som på grund av sitt föremål kan hänföras till den verksamheten,⁵⁹ om konsumenten flyttar dit.

101. Om en normalt omsorgsfull näringsidkare tar hänsyn till denna möjlighet, som han känner till på grund av att den bygger på hans egen verksamhet, får han använda sig av det redskap som artikel 17.3 erbjuder, det vill säga ingå ett avtal om behörighet som pekar ut domstolarna i den stat där båda parter har hemvist när avtalet ingås (under förutsättning att lagen i den staten inte förbjuder det).

102. Denna lösning, som inte är optimal, bygger i viss mån på domstolens rättspraxis:

- I domen Emrek skiljde domstolen mellan den kommersiella verksamheten i en stat och avtalets ingående med konsumenter som hade hemvist där, genom att den fann att artikel 15.1 c i förordning nr 44/2001 inte kräver att det finns ett orsakssamband mellan det medel som används för att rikta den kommersiella verksamheten eller yrkesverksamheten till den stat där konsumenten har hemvist och avtalets ingående med denne.⁶⁰
- I domen Hobohm fann domstolen att den verksamhet med avseende på vilken talan väcks mot den ekonomiska aktören inte behöver vara den som denne riktar till den stat där konsumenten har hemvist. En sådan lösning förutsätter att det finns ett nära samband mellan de avtal som bygger på näringsidkarens olika verksamheter. Domstolen angav vissa omständigheter som utgör ett sådant samband och fann att om det finns ”har näringsidkaren rimligen att räkna med att båda avtalen omfattas av samma regler om domstols behörighet”.⁶¹

⁵⁹ Villkoret att avtalet ska avse näringsidkarens internationella verksamhet är ett ordagrant krav i artikel 15.1 c som syftar till förutsebarhet (domen Hobohm, punkt 39).

⁶⁰ Dom av den 17 oktober 2013, Emrek (C-218/12, EU:C:2013:666). I det målet hade konsumenten inte fått kännedom om säljarens verksamhet genom dennes webbplats utan genom personer som han kände. EU-domstolen fann i likhet med den hänskjutande domstolen att näringsidkaren sökte kunder i ett annat land än det egna landet via webbplatsen.

⁶¹ Domen Hobohm, punkterna 39 och 40 samt domslutet.

V. Förslag till avgörande

103. Mot bakgrund av det ovan anförda föreslår jag att domstolen ska svara Bundesgerichtshof (Federala högsta domstolen, Tyskland), enligt följande:

”Artikel 15.1 c i konventionen om domstols behörighet och om erkännande och verkställighet av domar på privaträttens område, undertecknad i Lugano den 30 oktober 2007 och godkänd på gemenskapens vägnar genom rådets beslut 2009/430/EG av den 27 november 2008, ska tolkas så, att den inte är tillämplig när parterna i ett avtal har hemvist (i den mening som avses i artiklarna 59 och 60 i konventionen) i samma konventionsstat när avtalet ingås och det rättsliga förhållandet först i efterhand får internationell karaktär genom att konsumenten senare flyttar till en annan konventionsstat.

I andra hand är artikel 15.1 c i konventionen tillämplig när parterna har hemvist i samma konventionsstat när avtalet ingås och konsumenten därefter flyttar till en annan konventionsstat, under förutsättning att den ekonomiska aktören i den nya stat där konsumenten har hemvist, bedriver affärsverksamhet eller yrkesverksamhet som den som föranledde avtalets ingående.”