

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT

F.G. JACOBS

föredraget den 8 juli 2004¹

1. Efter domen i målet Gabriel² har domstolen åter anmodats att uttala sig angående vad som är korrekt forum enligt Brysselkonventionen³ för rättsliga förfaranden genom vilka en privatperson kräver utbetalning av ett "pris" som en näringsidkare påstås ha tilldelat honom eller henne.
2. Såväl i målet Gabriel som i förevarande mål var sökanden bosatt i Österrike — där en särskild konsumentskyddsregel gör det möjligt att göra sådana prisutfästelser gällande vid domstol — och mottog meddelandet om priset från ett företag med säte i Tyskland.
3. I målet Gabriel var rätten att kvittera ut priset uttryckligen villkorad av att sökanden beställde varor till ett visst värde från företaget, och en sådan beställning gjordes också. Domstolen fann att behörighetsfrågan skulle avgöras från den utgångspunkten att förfarandet för att kräva utbetalning av priset var avtalsrättsligt till sin natur och just avsåg ett konsumentavtal i den mening som avses i konventionen.
4. I förevarande mål angavs däremot inget sådant villkor och ingen beställning gjordes, varför frågan om rätt grund för tilldelning av behörighet har aktualiserats.

1 — Originalspråk: engelska.

2 — Dom av den 11 juli 2002 i mål C-96/00, Gabriel (REG 2002, s. I-6367).

3 — Av den 27 september 1968 om domstols behörighet och om verkställighet av domar på privaträttens område. En konsoliderad version av konventionen i dess lydelse efter fyra senare tillträdeskonventioner — som är den relevanta versionen i förevarande mål — har offentliggjorts i EGT 1998 C 27, s. 1. Sedan den 1 mars 2002 (efter den i förevarande mål aktuella tiden) har konventionen, med undantag för i fråga om Danmark och vissa utomeuropeiska territorier som tillhör andra medlemsstater, ersatts genom 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, s. 1).

Brysselkonventionen

5. Brysselkonventionen är tillämplig på privaträttens område. I avdelning II behandlas uppdelningen av domstolsbehörighet mellan konventionsstaterna. Grundregeln, som

anges i artikel 2, är att domstolarna i den konventionsstat där svaranden har hemvist är behöriga. Med avvikelse från den regeln är emellertid andra domstolar behöriga att pröva vissa typer av mål.

1) köp av varor där betalningen skall erläggas i särskilda poster, eller

6. Genom artikel 5.1 i konventionen tilldelas "om talan avser avtal" behörighet till "domstolen i den ort där den förpliktelse som talan avser har uppfyllts eller skall uppfyllas".

2) lån som skall återbetalas i särskilda poster eller någon annan form av kredit om lånet eller krediten var avsedd att finansiera köp av varor, eller

7. Genom artikel 5.3 tilldelas "om talan avser skadestånd utanför avtalsförhållanden" behörighet till "domstolen i den ort där skadan inträffade".

3) andra avtal om leverans av varor eller utförande av tjänster, om

8. Avsnitt 4 i avdelning II i konventionen, som omfattar artiklarna 13?15, har rubriken "Behörighet vid konsumenttvister". I artikel 13 föreskrivs i här relevanta delar:

a) avtalet föregicks av ett särskilt anbud riktat till konsumenten i den konventionsstat där han har hemvist, eller annonsering, där, och

"I tvister som gäller avtal som har ingåtts av en person för ändamål som kan anses ligga utanför hans affärsverksamhet eller yrkesverksamhet, i det följande kallad konsumenten, gäller i fråga om behörigheten ... bestämmelserna i detta avsnitt, om det gäller ..."

b) konsumenten vidtog de för avtalets ingående nödvändiga åtgärderna i den staten.

9. Enligt artikel 14 får konsumenten väcka talan mot den andra avtalsparten "antingen vid domstolarna i den konventionsstat där denne har hemvist eller vid domstolarna i den konventionsstat där han själv har hemvist".

Bakgrund och förfarande

11. Petra Engler, som är bosatt i Österrike, har med stöd av 5j § i konsumentskyddslagen väckt talan där mot Janus Versand GmbH (nedan kallat Janus), ett företag med säte i Tyskland. Hon har begärt utbetalning av ett förespeglat pris på 455 000 ATS (33 066,14 euro).

Tillämpliga nationella bestämmelser

10. I den österrikiska konsumentskyddslagen⁴ infördes 5j § genom lagen om distansköp,⁵ och den har följande lydelse:

"Näringsidkare som sänder meddelanden med vinstutfästelser eller andra liknande meddelanden till vissa konsumenter och som, genom det sätt på vilket dessa meddelanden har utformats, ger konsumenten intrycket att han vunnit ett visst bestämt pris, skall utge detta pris till konsumenten. Konsumenten kan också väcka talan vid domstol för att kräva detta pris."

12. Petra Engler har förklarat att hon efter en noggrann genomläsning av en försändelse som hon mottog i början av år 2001, och som var adresserad till henne personligen, fick intrycket att hon hade vunnit 455 000 ATS i en "kontantprisdragning" som Janus Versand hade anordnat, och att hon bara behövde returnera det bifogade "utbetalningsbeskedet" för att få priset, vilket hon gjorde. Janus svarade först inte, och vägrade sedan att betala.

13. Petra Engler har uppgivit att även om rätten till priset inte föreföll vara villkorat av att varor beställdes, och hon inte heller gjorde någon sådan beställning, så fick hon tillsammans med meddelandet om priset Janus katalog och en icke-bindande beställningskupong för varuprover. Hon anser att

4 — Konsumentenschutzgesetz, BGBl. 1979/140, i den version som infördes genom 12 § i lagen om distansköp (Fernabsatz-Gesetz), BGBl. I 1999/185.

5 — Genom Fernabsatz-Gesetz (ovan fotnot 4), införlivas Europaparlamentets och rådets direktiv 97/7/EG av den 20 maj 1997 om konsumentskydd vid distansavtal, EGT L 144, s. 19. Bestämmelsen i 5j § krävs dock inte särskilt på grund av någon bestämmelse i det direktivet.

målet således berör en konsumentfråga, eftersom det förelåg en avsikt att förmå henne att ingå ett avtal om leverans av varor.

”Innebär utövandet av den rätt som konsumenter enligt 5j § i den österrikiska Konsumentenschutzgesetz (nedan kallad konsumentskyddslagen) ... har att väcka talan vid domstol för att kräva de priser som de till synes har vunnit från en näringsidkare, när denna näringsidkare sänder (eller har sänt) meddelanden med vinstutfästelser eller andra jämförbara meddelanden till vissa konsumenter och därmed, genom utformningen av meddelandena, ger (eller har gett) konsumenten intrycket att han vunnit ett visst bestämt pris,

14. Landesgericht Feldkirch avvisade talan med hänvisning till att lokal behörighet saknades, i huvudsak på grund av att Petra Engler inte hade visat att avsändaren av det brev hon åberopade, Handelskontor Janus GmbH, var samma person som Janus Versand GmbH.

15. Oberlandesgericht Innsbruck, till vilken Petra Engler har överklagat avvisandet, anser i princip att det först skall avgöras huruvida österrikisk domstol är behörig på grund av de omständigheter som har åberopats av henne, och att det först därefter är möjligt att pröva huruvida dessa omständigheter är styrkta och särskilt om det på ett tillfredsställande sätt har fastställts att identitet föreligger mellan Janus Versand och Handelskontor Janus, trots att också detta utgör villkor för behörigheten.⁶

16. Oberlandesgericht har vilandeförklarat förfarandet och begärt ett förhandsavgörande av följande tolkningsfråga:

- 1) en talan som avser andra avtal i den mening som avses i artikel 13.3, eller
- 2) en talan som avser avtal i den mening som avses i artikel 5.1, eller
- 3) en talan som avser skadestånd utanför avtalsförhållanden i den mening som avses i artikel 5.3,

⁶ — Mot bakgrund av tvisten angående identitet och det faktum att detta saknar betydelse för det skede av den rättsliga bedömningen som förevarande begäran om förhandsavgörande avser, kommer jag att utan åtskillnad kalla båda företagen Janus, men jag betonar samtidigt att detta inte på något sätt skall uppfattas som ett föregripande i identitetsfrågan. Svarandens namn är visserligen Janus Versand GmbH i begäran om förhandsavgörande, men det är Handelskontor Janus GmbH som har yttrat sig vid domstolen i egenskap av part i målet vid den nationella domstolen.

i Brysselkonventionen ..., när en normalt upplyst konsument på grundval av de handlingar som han erhållit haft anledning att utgå från att han kan erhålla det utlovade

vinstbeloppet genom att endast returnera ett bilagt utbetalningsbesked och att vinstutbetalningen således inte är beroende av att någon beställning eller leverans av varor gjorts från den näringsidkare som gjort vinstutfästelsen, även om konsumenten erhållit en varukatalog med en icke-bindande beställningskupong för varuprover tillsammans med den så kallade vinstutfästelsen?”

skulle ingås. Janus och kommissionen delar inte denna uppfattning, den förra med hänvisning till att det inte föreligger någon motprestation från Petra Englers sida, den senare därför att något konsumentavtal inte ”ingicks”.

17. Parterna i målet vid den nationella domstolen, den österrikiska regeringen och kommissionen har yttrat sig skriftligen och samtliga dessa yttrade sig även muntligen vid förhandlingen den 26 maj 2004.

19. Jag delar i huvudsak kommissionens uppfattning.

20. I artikel 13.3 hänvisas entydigt till ett avtal om leverans av varor eller utförande av tjänster som kunden har vidtagit de nödvändiga åtgärderna för att ingå och som faktiskt har ingåtts.

Bedömning

Artikel 13.3

18. Petra Engler och den österrikiska regeringen anser att målet omfattas av artikel 13.3, huvudsakligen därför att prisutfästelsen åtföljdes av ett erbjudande om att göra en beställning och således var en förberedande åtgärd som syftade till att ett konsumentavtal

21. Att döma av de omständigheter som redovisats har något avtal som uppfyller denna definition inte ingåtts i förevarande mål. Visserligen fanns det utan tvekan en förhoppning om att Petra Engler skulle beställa varor, men hon varken gjorde detta eller vidtog några åtgärder för att göra det. Det ingicks heller inte något avtal om utförande av tjänster.

22. Petra Engler och den österrikiska regeringen har trots detta — särskilt vid förhandlingen — med kraft förespråkade att omstän-

digheterna i förevarande mål, genom en extensiv tolkning, skall omfattas av artikel 13 i Brysselkonventionen, eftersom de bevisligen är hänförliga till den allmänna konsumentavtalsfären och utgör ett aggressivt handlande från en näringsidkare riktat mot en konsument, som betraktas som den svagare parten och således förtjänar det skydd som artikel 13 och följande artiklar i konventionen syftar till att erbjuda.

randet angående prisutfästelsen var så nära knutet till konsumentavtalet (beställningen av varor) att det inte kunde särskiljas från detta. För att undvika att flera domstolar är behöriga avseende samma avtal måste det därför vara möjligt att väcka en sådan talan vid den domstol som är behörig i fråga om konsumentavtal.⁸

23. Även om jag sympatiserar med den uppfattningen, kan jag inte dela den. I mitt förslag till avgörande i målet Gabriel⁷ betonade jag att artikel 13 inte skall tolkas alltför strikt. Detta innebär dock inte att artikeln kan tolkas så extensivt att det strider mot dess klara lydelse — enligt vilken det krävs att ett avtal om leverans av varor eller utförande av tjänster skall ha ingåtts — även om det resultatet i ett visst fall kan förefalla önskvärt.

25. I Petra Englers fall är det dock inte möjligt att identifiera något motsvarande avtal till vilket utfästelsen om priset är upplösligt knutet. Ingåendet av ett sådant avtal var inte ett villkor för att få priset, och något avtal ingicks heller inte. Följaktligen föreligger ingen risk för att olika domstolar skulle vara behöriga avseende olika tvister som är nära knutna till detta.

24. I domen i målet Gabriel konstaterades att en talan som väckts med stöd av samma nationella bestämmelse som i förevarande mål omfattades av artikel 13 när ett företag hade givit konsumenten intryck av att priset skulle betalas ut till honom på villkor att han beställde varor, och när han faktiskt hade gjort en sådan beställning. Den centrala grunden för det avgörandet var att förfa-

26. Det faktum att prisutfästelsen åtföljdes av ett erbjudande om att göra en beställning, och utan tvekan var avsedd som en uppmuntran att göra en beställning, kan inte tillmätas någon betydelse. Om en enskild får en postorderkatalog men inte gör någon

7 — Se punkt 45 och följande punkter.

8 — Punkterna 53–57.

beställning föreligger inget konsumentavtal om leverans av varor eller utförande av tjänster. Det faktum att en prisutfästelse dessutom mottas kan inte skapa ett sådant avtal.

av att undanröja dessa svårigheter är dock långt från uppenbart när en person som får en prisutfästelse, avseende vilken han inte har haft några utlägg, tvingas väcka talan i en annan stat för att göra sitt krav gällande.

27. Jag anser heller inte att omsorgen om konsumentskyddet kräver att de omständigheter som är för handen i förevarande mål skall hänföras till artikel 13 och följande artiklar i Brysselkonventionen.

30. Jag anser därför att det inte har ingåtts något avtal som omfattas av artikel 13 och följande artiklar i Brysselkonventionen, och att behörighet inte kan grundas på bestämmelserna i denna.

28. Visserligen är syftet med dessa bestämmelser att "skydda konsumenten i egenskap av den part som anses vara ekonomiskt svagare och mindre erfaren i rättsliga frågor än den andra avtalsparten [som] därför inte skall avskräckas från att väcka talan genom att tvingas väcka denna talan vid domstol i den konventionsstat där den andra avtalsparten har sitt hemvist".⁹

Artikel 5.1

29. Som Janus ombud emellertid framhöll vid förhandlingen är syftet faktiskt att skydda konsumenten, inte att göra det lättare för denne att berika sig. Bestämmelsen syftar rätteligen till att undanröja svårigheter som en konsument kan stöta på i en tvist med anledning av ett oneröst avtal om leverans av varor eller utförande av tjänster, om han tvingas väcka talan i en annan stat. Behovet

31. Petra Engler har förklarat att en frivillig ensidig förpliktelse av den uppgivna typen, som enligt österrikisk rätt kan göras gällande, är avtalsrättslig till sin karaktär. Janus har dock framhållit att en skyldighet som uppkommer *ex lege* utan samstämmiga partsavsikter från båda parter inte kan hänföras till begreppet avtal, och att erbjudandet om att göra en beställning av varor inte kan tillmätas betydelse om ingen beställning faktiskt gjorts. Kommissionen ser inte i de redovisade omständigheterna något förhållande av avtalskaraktär mellan Janus och Petra Engler och inte heller någon rättslig grund för ett sådant förhållande.

⁹ — Dom av den 19 januari 1993 i mål C-89/91, Shearson Lehman Hutton (REG 1993, s. I-139), punkt 18.

32. Enligt min uppfattning är det inte möjligt att tillämpa domstolens resonemang i domen i målet *Gabriel* beträffande artikel 13.3 i Brysselkonventionen analogt på artikel 5.1.

35. 5j § i den österrikiska konsumentskyddslagen kan åberopas när ett företag skickar en prisutfästelse eller ett liknande meddelande till en viss konsument och ger intryck av att konsumenten har vunnit ett visst pris, som i så fall skall betalas ut. Frågan är då om förhållandet mellan företaget och konsumenten under dessa omständigheter är av avtalsrättslig karaktär i den mening som avses i konventionen.

33. Av samma skäl som jag angivit ovan i punkterna 24–26 är det inte möjligt att identifiera något avtal som motsvarar beställningen av varor i målet *Gabriel*, till vilket prisutfästelsen är ouplösligt knuten. Även om artikel 5.1 inte förutsätter att något avtal har slutits krävs likväl en förpliktelse som kan identifieras och en identifierbar plats där denna skall fullgöras, eftersom grunden för tilldelning av behörighet annars bortfaller,¹⁰ och det kan inte uppkomma någon förpliktelse till följd av en beställning som inte har genomförts.

36. Av fast rättspraxis följer att uttrycket "talan avser avtal" i artikel 5.1 i Brysselkonventionen skall ges en autonom tolkning, på grundval av konventionens systematik och syften. Det kan således inte förstås som en hänvisning till nationell rätt i någon av konventionsstaterna.¹¹

34. Detta innebär dock inte att omständigheterna i *Petra Englers* fall inte kan inbegripa någon förpliktelse över huvud taget. Prisutfästelsen kan i sig anses ge upphov till en avtalsförpliktelse.

37. Det synsättet utesluter enligt min uppfattning inte eventuella hänvisningar till grundläggande avtalsrättsliga principer som är gemensamma för olika rättssystem i konventionsstaterna. Det syftar snarare till att skapa en definition av avtalsrättsliga frågor med utgångspunkt från dessa principer, och därmed utesluta hänvisningar till enskilda nationella begrepp — som exempelvis principen om "consideration" i anglosaxisk rätt.

10 — Se dom av den 17 september 2002 i mål C-334/00, *Tacconi* (REG 2002, s. I-7357), punkt 22.

11 — Se, exempelvis, dom av den 5 februari 2004 i mål C-265/02, *Frahuil* (EGT 2004, s. I-1543), punkt 22 och den rättspraxis som nämns där.

38. Domstolen har vid tolkningen av artikel 5.1 inte funnit att bestämmelsens räckvidd skall definieras snävt. Den omfattar "nära förbindelser av samma karaktär som de som uppstår mellan avtalsparter", däribland förhållandet mellan en förening och dess medlemmar.¹² Detta synsätt tycks spegla den avsikt som följer av bestämmelsens ordalydelse i flera olika språkversioner, som är märkbart vidare än den i artikel 13.

39. Givetvis måste det dock finnas gränser för vad som kan betraktas som avtal och det huvudkriterium som tillämpats av domstolen är att begreppet "talan avser avtal" inte kan förstås på så sätt att det omfattar en situation i vilken det inte föreligger någon förpliktelse som en part frivilligt åtagit sig gentemot en annan.¹³ Med andra ord inbegriper avtalsrättsliga frågor frivilliga bindande förpliktelser.

40. Mot bakgrund av dessa två riktlinjer anser jag att det finns starkt stöd för ståndpunkten att förfarandet i förevarande mål avser ett förhållande som till sin natur är avtalsrättsligt i vid bemärkelse.

41. För det första kan ett uttalande från en part att han skall tillhandahålla en bestämd artikel eller förmån, eller betala ett visst penningbelopp, till en annan — vilket är det budskap som förmedlas genom den typ av meddelanden som åsyftas i 5j § i den österrikiska lagen — skapa en frivillig bindande förpliktelse, även om den faktiska utgången kommer att vara beroende av de bestämda omständigheter och rättsregler som skall ligga till grund för bedömningen. I samtliga konventionsstaters rättssystem kan åtminstone vissa typer av ensidiga utfästelser att fullgöra en viss handling till förmån för en annan göras gällande mot löftesgivaren, förutsatt att vissa villkor som är specifika för varje rättsordning är uppfyllda. Ett vanligt krav är i det sammanhanget att utfästelsen skall vara skriftlig.¹⁴

42. För det andra är ett sådant åtagande frivilligt och eventuella följdförpliktelser kan inte i sig föreskrivas i lag. Av förarbetet, såsom det redovisats i beslutet om hänskjutande, till den ändring genom vilken 5j § infördes i konsumentskyddslagen framgår att avsikten var att undanröja de civilrättsliga hindren för att göra utfästelser ("Zusagen") av den berörda typen gällande. Dessa skulle annars ha varit omöjliga att hävda därför att de betecknas som vadslagnings- eller spel-

12 — Dom av den 22 mars 1983 i mål 34/82, Peters (REG 1983, s. 987; svensk specialutgåva, volym 7, s. 95), särskilt punkt 13.

13 — Se dom av den 17 juni 1992 i mål C-26/91, Handte (REG 1992, s. I-3967; svensk specialutgåva, volym 12, s. I-137), punkt 15, av den 27 oktober 1998 i mål C-51/97, Réunion Européenne (REG 1998, s. I-6511), punkt 17, domen i målet Tacconi (ovan fotnot 10), punkt 23, och i målet Frahuil (ovan fotnot 11), punkt 24.

14 — Se allmänt James Gordley (ed.), *The enforceability of promises in European contract law* (2001), Cambridge.

transaktioner. Förpliktelsen anses således ha uppkommit på grund av den förpliktigade partens vilja. Den skapas inte genom lagbestämmelsen, utan denna gör det bara möjligt att göra förpliktelsen gällande.

alltid föreligger ett godtagande av den utfästelse eller det åtagande som har gjorts och således ett ömsesidigt förhållande av den typ som allmänt betraktas som en central aspekt av ett avtal.

43. För att uttrycka detta mer generellt kan lagstiftningen betrakta vissa förpliktelser som omöjliga att göra gällande, och om hindret för att göra dem gällande undanröjs genom en ändring av lagstiftningen så påverkar detta inte förpliktelsens grundläggande karaktär.

46. Det verkar också sannolikt att avsändaren av prisutfästelsen i den bestämmelsens mening faktiskt vanligen eller alltid kommer att begära att adressaten, genom att utkräva priset, skall godta vissa villkor för dess utbetalning. I förevarande mål var Petra Engler tvungen att bekräfta att hon hade läst och godtagit "villkoren för utbetalning och deltagande". Oberoende av vilka dessa villkor är, tycks behovet av att godta dem medföra ett förhållande som till sin karaktär är avtalsrättsligt i vid bemärkelse.

44. I alla rättsordningar skall frågan om huruvida ett frivilligt åtagande ger upphov till en avtalsförpliktelse avgöras inom ramen för avtalsrätten. Behörigheten i fråga om tvister angående förekomsten av en avtalsförpliktelse skall fastställas enligt artikel 5.1.¹⁵

47. För det fjärde förefaller förpliktelser av den typ som kan göras gällande enligt 5j § vara sådana "som en part frivilligt åtagit sig gentemot en annan". Meddelandena i fråga sänds frivilligt av avsändaren till enskilda adressater som utses på ett sätt som väljs fritt av avsändaren. Avsändaren kan inte vara omedveten om att meddelandena sannolikt kommer att ge ett intryck av att han kommer att utbetala priset till adressaten. Om han skickar dem till adressater i Österrike bör han även vara medveten om att de i detta land kan medföra en skyldighet att utge det tillkännagivna priset.

45. För det tredje förhåller det sig så att även om 5j § inte i sig innehåller något uttryckligt krav på ömsesidighet, innebär redan den omständigheten att priset måste utkrävas — om det inte skickas spontant, i vilket fall någon tvist inte skulle uppkomma — att det

15 — Dom av den 4 mars 1982 i mål 38/81, Effer (REG 1982, s. 825), särskilt punkt 7.

48. Det är som kommissionen har påpekat riktigt att en granskning av "det finstilta" kan visa att avsändaren faktiskt inte har för avsikt att betala ut det utlysta priset, åtminstone inte till just den adressaten eller endast under förutsättning att vissa ytterligare villkor — såsom vinst i ett lotteri som ännu inte hållits — uppfylls, och i det fallet kommer 5j § att uppväga denna bristande avsikt. Frågan om avsändarens avsikt är, när den kommer till uttryck på detta sätt, således i sig en avtalsrättslig fråga. Det finstilta kan endast granskas mot bakgrund av en tvist angående något slags avtalsförhållande, eller förekomsten av ett sådant förhållande.

49. Jag anser således att förhållandet mellan Janus och Petra Engler, eller mellan avsändaren och mottagaren av varje meddelande av den typ som definieras i 5j § i den österrikiska konsumentskyddslagen, i tillräckligt hög grad är avtalsrättsligt till sin natur för att en tvist angående den påstådda skyldigheten att betala det tillkännagivna priset skall betraktas som en "talan [som] avser avtal" i den mening som avses i artikel 5.1 i Brysselkonventionen.

50. Detta synsätt tycks helt överensstämma med domstolens rättspraxis inom området. Det stämmer inte bara med domen i målet Peters,¹⁶ genom att det bekräftas att begreppet "talan avser avtal" inte skall tolkas restriktivt, utan även med det krav som

särskilt framhölls i domarna i målen Handte¹⁷ och Tacconi¹⁸ på att det skall föreligga en förpliktelse "som en part frivilligt åtagit sig gentemot en annan" — även om gränserna för denna förpliktelse — som i förevarande mål — fastställs i lagstiftningen så att de inte fritt kan ändras av den part som gjort åtagandet.

51. Min slutsats angående artikel 5.1 räcker för att besvara den fråga angående behörigheten som målet vid den nationella domstolen rör. Det kan dock vara av värde att pröva det tredje alternativ som tagits upp av den nationella domstolen, nämligen i artikel 5.3 i konventionen.

Artikel 5.3

52. Petra Engler har hänvisat till förarbetena till den ändring genom vilken 5j § infördes i konsumentskyddslagen, och särskilt de avsnitt där meddelandena i fråga betecknas som illojal konkurrens och vilseledande för konsumenterna. Janus har emellertid framhållit att någon förlust eller skada måste åberopas för att det skall vara möjligt att

16 — Se fotnot 12.

17 — Se fotnot 13.

18 — Se fotnot 10.

kräva utomobligatoriskt skadestånd. Kommissionen har framhållit att prisutfästelsen var klart vilseledande eller bedräglig till sitt syfte och därför kan ligga till grund för ett utomobligatoriskt skadeståndskrav. Dessutom begärde Petra Engler i första instans att hennes talan i andra hand skulle betecknas som ett sådant.

55. Jag är dock inte övertygad om att en sådan enkel uppdelning i två kategorier i allmänhet är korrekt. Den skulle inte bara tyckas leda till att tillämpningsområdet för den allmänna regel som fastställs i artikel 2 minskar till det hos en underordnad restregel,²⁰ utan det finns uppenbarligen kategorier av skadeståndstalan som varken omfattas av artikel 5.1 eller artikel 5.3. Exempelvis omfattar artikel 5.2 talan för att fastställa underhållsskyldighet, bland annat, mot en förälder, men även i frånvaro av den artikeln är det svårt att se hur en sådan skyldighet skulle kunna anses omfattas av vare sig artikel 5.1 eller artikel 5.3. Det vore olämpligt att utgå från att det inte finns fler sådana kategorier som inte specifikt har definierats i konventionen.

53. Liksom i fråga om artikel 5.1 skall uttrycket "talan avser skadestånd utanför avtalsförhållanden" i artikel 5.3 tolkas självständigt mot bakgrund av konventionens syften och allmänna systematik. Det har ansetts omfatta varje talan som syftar till att gentemot svaranden göra gällande ett ansvar som inte är hänförligt till ett avtal i den mening som avses i artikel 5.1.¹⁹

54. Vid första påseendet måste talan således, om den inte omfattas av artikel 5.1, omfattas av artikel 5.3.

56. Även om det förefaller alltför svepande att förklara att artikel 5.3 omfattar varje talan om fastställelse av ett skadeståndsansvar som inte omfattas av artikel 5.1 och även om det tveklöst finns situationer där detta inte stämmer, tycks det i förevarande mål saknas anledning att anse att det ifrågasvarande förfarandet inte skulle omfattas av någon av de båda bestämmelsernas sammantagna tillämpningsområde.

19 — Se, exempelvis, dom av den 1 oktober 2002 i mål C-167/00, Henkel (REG 2002, s. I-8111), punkterna 35 och 36 och där nämnd rättspraxis.

20 — I strid med annan fast rättspraxis, se för ett mycket aktuellt exempel dom av den 4 juni 2004 i mål C-168/02, Kronhofer m.fl. (REG 2004, s. I-6009), punkt 12 och följande punkter.

57. Men även under dessa omständigheter är det inte tillräckligt att enbart fråga sig om förfarandet avser ett avtal. Kategorin skadestånd utanför avtalsförhållanden är inte bara negativ eller en restkategori, utan den har ett bestämt innehåll. Särskilt i fall som inte uppenbart omfattas av den ena kategorin är det värdefullt att granska båda.²¹

58. Varje försök att med utgångspunkt från lagstiftningen i konventionsstaterna ge en heltäckande definition av begreppet "skadestånd utanför avtalsförhållanden" skulle visserligen möta svårigheter,²² men det är möjligt att definiera vissa allmänt återkommande drag.

59. En vanlig aspekt av en handling som kan grunda ett skadestånd utanför avtalsförhållanden är för det första att en rättsregel har åsidosatts.

60. Den aspekten är sannolikt för handen i många mål enligt 5j § i den österrikiska konsumentskyddslagen. I förarbetet till den ändring genom vilken bestämmelsen infördes påpekas uttryckligen att meddelandena i

fråga i de flesta fall strider mot 1984 års lag om illojal konkurrens. Det tycks inte finnas något i 5j § som medför ett krav på att ett sådant åsidosättande skall ha förekommit, eller på att en bedräglig avsikt eller något annat bestämt rättsstridigt handlande fastställs.

61. För det andra förutsätter ett krav på skadestånd utanför avtalsförhållanden i allmänhet, och kanske alltid, åtminstone ett påstående om att skada har uppkommit²³ — vilket återspeglas av uttrycket "skadan" i artikel 5.3 i konventionen.

62. Mottagaren av en falsk prisutfästelse kan förvisso påstå sig ha lidit viss skada. Han kan ha förelatts att göra ett onödigt eller ofördelaktigt inköp på grund av ett oriktigt löfte om ett pris, eller att göra andra åtaganden eller att ådra sig andra utgifter i förhoppning om att få priset. Å andra sidan kanske en mottagare som har full kännedom om sina rättigheter enligt den österrikiska lagstiftningen inte lider någon skada, utan gläder sig

21 — Se till exempel domen i det ovannämnda målet Henkel, punkterna 41 och följande punkter.

22 — Se generaladvokaten Warners förslag till avgörande av den 8 oktober 1980 i mål 814/79, Rüffer (REG 1980, s. 3807), s. 3835 och 383, generaladvokaten Darmons förslag till avgörande av den 15 juni 1988 i mål 189/87, Kalfelis (REG 1988, s. I-5565), punkterna 20 och 21, och generaladvokaten Gulmanns förslag till avgörande av den 20 februari 1992 i mål C-261/90, Reichert och Kockler (REG 1992, s. I-2149), s. 2168 och 2169. Se även Christian von Bar, *The Common European Law of Torts* (1998), s. 1–5, och Walter van Gerven, Jeremy Lever och Pierre Larouche, *Tort Law* (2000) (Common Law of Europe Casebooks Series), s. 1–18.

23 — Eller troligen kommer att uppkomma. Med avseende på förevarande mål kan vi dock bortse från förfaranden som syftar till att förhindra framtida skada. Petra Englers talan är inte av den typen, och den tycks inte heller åsyftas i 5j § i konsumentskyddslagen.

över utsikten till en plötslig oväntad inkomst, utan större kostnader för honom själv, och inte heller i detta fall tyder något på att ett bevis för eller påstående om skada krävs för att hans talan skall bifallas.

grund för kravet. Det föreligger i allmänhet ett starkt inslag av kompensation även om det slutliga beloppet i vissa fall kan höjas till en avskräckande, eller sänkas till en symbolisk, nivå.

63. I förevarande mål nämns varken i beslutet om förhandsavgörande eller i Petra Englers yttrande att hon skulle ha lidit någon skada. Jag anser inte heller att något avseende skall fästas vid att hon i första instans begärde att hennes talan i andra hand (*hilfsweise*) skulle betraktas som en talan om skadestånd utanför avtalsförhållanden. Detta var bara ett svar på Janus argument att Brysselkonventionen inte var tillämplig. I sin ursprungliga ansökan hade hon klart angivit att hennes talan var av avtalsrättslig karaktär (*vertraglicher Natur*), och i hennes yttranden vid de nationella domstolarna tycks hon ha vidhållit att det förelåg ett konsumentavtal och betonat att det fanns en betalningsutfästelse, men hon har inte hänvisat till någon specifik skada.

65. Inget av detta verkar möjligt i samband med ett krav enligt 5j § i den österrikiska lagen. Petra Engler bibringades uppfattningen att hon skulle få 455 000 ATS och detta är vad hon tycks ha rätt till enligt den bestämmelsen. Om hon hade givits uppfattningen att hon skulle få tio gånger, eller en tiondel av, den summan så skulle hon ha haft rätt till detta, oberoende av om hon lidit någon större eller mindre skada. Det som tilldöms kommer i alla händelser att vara den summa — eller någon annan förmån — som har angivits i förväg av svaranden. Även om bestämmelsens syfte kan vara att avskräcka näringsidkare från en viss taktik tycks den metod som används helt enkelt bestå i att de tvingas stå för sina "löften" — en tanke som är närmare besläktad med avtalsområdet.

64. För det tredje är det vanligen så att ett belopp som en domstol tillerkänner en kärande som framställer ett krav på skadestånd utanför avtalsförhållanden i första hand grundas på den uppkomna skadans art och omfattning och i andra hand allvaret i den (rättsstridiga) handling som ligger till

66. Även om det kan förekomma inslag som är hänförliga till skadestånd utanför avtalsförhållanden i mål av förevarande slag, anser jag mot bakgrund av dessa överväganden att eventuella sådana inslag klart uppvägs av andra som knyter förfarandet till förhållanden av avtalsrättslig karaktär.

Förslag till avgörande

67. Jag föreslår således att domstolen skall besvara den tolkningsfråga som har ställts av Oberlandesgericht på följande sätt:

”Behörighetsreglerna i Brysselkonventionen skall tolkas så, att en talan skall anses avse avtal i den mening som avses i artikel 5.1 i konventionen när den väcks av en konsument i den konventionsstat där denne har sin hemvist och med stöd av den nationella rätten i konventionsstaten med yrkande att ett postorderföretag med säte i en annan konventionsstat skall förpliktas att utge en vinst till konsumenten, när postorderföretaget har skickat ett personligt meddelande till konsumenten vars innehåll har förlett denne att tro

- att ett sådant pris skulle utbetalas till honom och

- att den utbetalningen inte var beroende av en beställning eller leverans av varor från det företag som gjorde prisutfästelsen.

Den omständighet att en katalog och en icke-bindande beställningskupong för varuprover tillställdes konsumenten tillsammans med prisutfästelsen saknar i det avseendet betydelse om någon beställning faktiskt inte gjorts.”