



Datum van : 15/07/2019
inontvangstneming

Zaak C-438/19

Verzoek om een prejudiciële beslissing

Datum van indiening:

11 juni 2019

Verwijzende rechter:

Oberlandesgericht Düsseldorf (Duitsland)

Datum van de verwijzingsbeslissing:

4 juni 2019

Verzoekster, appellante en geïntimeerde:

Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände
– Verbraucherzentrale Bundesverband e.V.

Verweerster, appellante en geïntimeerde:

Frontline Digital GmbH

[OMISSIS]

Beslissing van 04.06.2019

[OMISSIS]

[OMISSIS]

OBERLANDESGERICHT DÜSSELDORF

(hoogste rechterlijke instantie van de deelstaat Noordrijn-Westfalen, Düsseldorf)

BESLISSING

in het geding van

Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände –
Verbraucherzentrale Bundesverband e.V.,

verzoekster, appellante en geïntimeerde,

[OMISSIS] tegen

Frontline Digital GmbH,

verweerster, appellante en geïntimeerde

[OMISSIS] heeft de twintigste Zivilsenat (civiele kamer) van het Oberlandesgericht Düsseldorf tijdens de mondelinge behandeling van 30 april 2019 [OMISSIS] **[Or. 2]**

beslist:

I.

De behandeling van de zaak wordt geschorst.

II.

Het Oberlandesgericht Düsseldorf verzoekt het Hof van Justitie om een prejudiciële beslissing over de uitlegging van richtlijn 2011/83/EU van het Europees Parlement en de Raad van 25 oktober 2011 betreffende consumentenrechten, tot wijziging van richtlijn 93/13/EEG van de Raad en van richtlijn 1999/44/EG van het Europees Parlement en de Raad en tot intrekking van richtlijn 85/577/EEG en van richtlijn 97/7/EG van het Europees Parlement en de Raad (PB 2011, L 304, blz. 64) (hierna: „richtlijn”), en legt het de volgende vragen voor:

1. Wordt aan de consument in het geval van een op afstand gesloten overeenkomst digitale inhoud in de zin van artikel 16, onder m), van de richtlijn geleverd wanneer hij met een handelaar een overeenkomst sluit voor deelname aan een datingplatform op het internet?

2. Indien het antwoord op de eerste vraag bevestigend luidt:

Leidt het begin van levering van digitale inhoud door de handelaar aan de consument ook dan tot verlies van het herroepingsrecht van de consument krachtens artikel 16, onder m), van de richtlijn, indien de handelaar in strijd met artikel 8, lid 7, van de richtlijn heeft verzuimd van tevoren een bevestiging van de gesloten overeenkomst, met de in artikel 8, lid 7, genoemde gegevens, aan de consument te verstrekken?

Voor zover het herroepingsrecht van de consument in dat geval in stand blijft:

Dient de consument krachtens artikel 6, lid 1, onder k), van de richtlijn hierover van tevoren te worden geïnformeerd? **[Or. 3]**

Motivering:

- 1 Verzoekster is de overkoepelende organisatie in Duitsland van alle 16 bestaande consumentenverenigingen alsmede 25 andere consumentengerichte en

maatschappelijk georiënteerde organisaties. Zij staat op de ingevolge § 4 van het Unterlassungsgesetz (wet betreffende het instellen van verbodsacties) gehanteerde lijst van gekwalificeerde belangenorganisaties. Zij heeft van het Bundesamt für Justiz (ministerie van Justitie), als instantie die door de Bundeskartellanwalt van Oostenrijk (de federale aanklager voor kartelzaken) is aangezocht overeenkomstig verordening (EG) nr. 2006/2004 van 27 oktober 2004 van het Europees Parlement en de Raad betreffende samenwerking tussen de nationale instanties die verantwoordelijk zijn voor handhaving van de wetgeving inzake consumentenbescherming (PB 2004, L 254, blz. 1), de opdracht gekregen een einde te maken aan bepaalde intracommunautaire inbreuken op consumentenwetgeving.

- 2 Verweerster is de in Duitsland gevestigde exploitante van het datingplatform www.parwise.at. Dit platform biedt online relatiebemiddeling aan voor consumenten die hun gewone verblijfplaats in Oostenrijk hebben. Verweerster beschrijft de inhoud van haar activiteiten als volgt:

De aanbieder stelt digitale inhoud ter beschikking, zowel gratis als tegen betaling. Deze inhoud, zoals de gebruikersprofielen, foto's en berichten, wordt hoofdzakelijk door de gebruikers aangemaakt en kan door de klanten worden bekeken en gebruikt. Er is geen verplichting tot contactbemiddeling.

Voor de gratis aanmelding op de website moet de consument een aantal persoonlijkheidskenmerken opgeven, zodat hij passende partnervoorstellen kan ontvangen. Het betaalde „premiumlidmaatschap” omvat het onbeperkt ontvangen van berichten, het bekijken van alle foto's en een onbeperkt contactrecht. Voordat het betaalde lidmaatschap wordt afgesloten, krijgt de gebruiker onder meer de volgende informatie te zien:

Ik wens uitdrukkelijk dat de aanbieder meteen na de koop onverwijld begint met de levering van digitale inhoud, vóór afloop van de herroepingstermijn. Mij is bekend dat ik door deze toestemming om digitale inhoud te verstrekken, mijn herroepingsrecht verlies.

- 3 Tegen deze informatie, naast andere hier niet relevante clausules, maakt verzoekster bezwaar. Zij meent dat verweerster de consument niet juist heeft geïnformeerd over zijn herroepingsrecht (in Oostenrijk ook als terugtrekingsrecht aangeduid, maar hierna uitsluitend: „herroepingsrecht”). De overeenkomst **[Or. 4]** heeft volgens haar geen betrekking op de levering van digitale inhoud, maar moet worden gekwalificeerd als een gewone dienstenovereenkomst. Verweerster is daarentegen van mening dat het wel om de levering van digitale inhoud gaat, zodat in het licht van artikel 6, lid 1, onder k), en artikel 16, onder m), van de richtlijn, geen bezwaar kan bestaan tegen de hierboven bedoelde mededeling.
- 4 Het Landgericht (rechter in eerste aanleg) heeft overeenkomstig het petitum verweerster ertoe veroordeeld om bij commerciële activiteiten ten behoeve van consumenten die hun gewone verblijfplaats in de Republiek Oostenrijk hebben, de

consumenten, voordat zij verklaren in te stemmen met de overeenkomst die leidt tot het betaald lidmaatschap van een datingplatform, als volgt te informeren over het verlies van het herroepingsrecht:

„Ik wens uitdrukkelijk dat de aanbieder meteen na de koop onverwijld begint met de levering van digitale inhoud, vóór afloop van de herroepingstermijn. Mij is bekend dat ik door deze toestemming om digitale inhoud te verstrekken, mijn herroepingsrecht verlies.”

wanneer de overeenkomst als volgt tot stand komt:

The screenshot shows the PARWISE.at website interface. At the top, there is a blue header with the logo and text "PARWISE.at Online Partnersuche mit Niveau". Below this, a green banner reads "Wählen Sie ihr gewünschtes Zahlungsmittel" (Select your desired payment method). A small green icon with a question mark indicates that the page is protected by SSL encryption. The main section is titled "Ihr Zahlungsmittel SEPA-Bankeinzug" (Your payment method SEPA bank transfer). It features a green checkmark icon, the text "SEPA-Bankeinzug", and the SEPA logo. Below this, there is a section titled "Ihre Zahlungsdaten" (Your payment data) with four input fields: "Vorname" (First name), "Nachname" (Last name), "IBAN", and "BIC". To the right of these fields, a note says "Tragen Sie hier den Vornamen des Kontoinhabers ein." (Enter the first name of the account holder here). At the bottom of the form, there is a green button labeled "Kaufen" (Buy). Below the button, there is a small disclaimer in German: "Alle Preisangaben inkl. der gesetzlichen MwSt. Details zu Ihrem Widerrufsrecht finden Sie in unseren AGB. Ich wünsche ausdrücklich, dass der Anbieter sofort nach dem Kauf ohne Verzögerung mit der Bereitstellung der digitalen Inhalte vor Ablauf der Widerrufsfrist beginnt. Mir ist bekannt, dass ich durch diese Zustimmung mit Bereitstellung der digitalen Inhalte mein Widerrufsrecht verliere. Für die von Ihnen gewählte Zahlungsart fallen keine zusätzlichen Gebühren an." (All price indications include the statutory VAT. Details of your right of withdrawal can be found in our terms and conditions. I expressly wish that the provider starts providing the digital content immediately after purchase without delay and before the withdrawal period expires. I am aware that by this consent to the provision of digital content, I lose my right of withdrawal. No additional fees apply for the payment method you have chosen.)

[Or. 5] Het Landgericht heeft ter motivering aangevoerd dat een dergelijke verklaring van de consument pas na het sluiten van de overeenkomst, maar niet vóór of gelijktijdig met zijn toestemming tot het sluiten van de overeenkomst, kan worden gegeven. Hiertegen richt zich het beroep van verweerster.

- 5 De richtlijn is in Oostenrijk omgezet onder meer bij het Bundesgesetz über Fernabsatz- und außerhalb von Geschäftsräumen geschlossene Verträge (Fern- und Auswärtsgeschäfte Gesetz - FAGG) [Oostenrijkse federale wet betreffende overeenkomsten op afstand en buiten verkooppunten gesloten overeenkomsten (hierna: „FAGG”)]. In die wet is onder meer bepaald:

§ 3

In deze federale wet wordt verstaan onder

[...]

6. „digitale inhoud”: gegevens die in digitale vorm worden geproduceerd of verstrekt;

§ 4, lid 1

Voordat de consument door een overeenkomst of zijn toestemming tot het sluiten van een overeenkomst wordt gebonden, moet de handelaar de consument op duidelijke en begrijpelijke wijze de volgende informatie verstrekken:

8. indien een herroepingsrecht bestaat, de voorwaarden, termijnen en de modaliteiten voor de uitoefening van dat recht, [...]

[...]

11. voor zover van toepassing, de uitzonderingen op het herroepingsrecht ingevolge § 18 of de omstandigheden waaronder de consument zijn herroepingsrecht verliest,

§ 7, lid 3

De handelaar dient aan de consument binnen een redelijke termijn na het sluiten van de overeenkomst, doch uiterlijk [...] voor het begin van de dienstverrichting, een bevestiging van de overeenkomst toe te zenden, [...]. Voor zover van toepassing moet de bevestiging van de overeenkomst ook een bevestiging van de toestemming en kennisname van de consument ingevolge § 18, lid 1, elfde zin, bevatten.

§ 18, lid 1

De consument heeft geen herroepingsrecht voor overeenkomsten op afstand of buiten verkooppunten gesloten overeenkomsten betreffende **[Or. 6]**

11. de levering van niet op een materiële datadrager vastgelegde digitale inhoud, indien de handelaar – met uitdrukkelijk toestemming [...] in geval van voortijdig begin van de uitvoering van de overeenkomst, en na verstrekking van een [...] bevestiging ingevolge [...] § 7, lid 3, – nog voor afloop van de herroepingstermijn [...] is begonnen met de levering.

Eerste vraag

- 6 Om te beginnen moet worden vastgesteld dat uit de bewoordingen van het beroepschrift en de toelichting bij de behandeling voor de Senat blijkt dat het beroep uitsluitend tegen de kennelijk onjuiste informatie aan de consument over zijn herroepingsrecht is gericht. Het is dus niet van belang dat de consument, zoals blijkt uit het ingevoegde screenshot, door de zich direct onder de tekst bevindende knop „kopen” aan te klikken, meteen ook zijn toestemming geeft voor de onverwijlde aanvang van de uitvoering en het daaraan gekoppelde verlies van zijn herroepingsrecht. De Senat hoeft dan ook geen uitspraak te doen over de vraag, waarover partijen het niet eens zijn, of een dergelijke toestemming pas na en niet tegelijk met de aanvaarding van de overeenkomst kan worden gegeven (hetgeen het Landgericht heeft aangenomen), en of de toestemming wel „uitdrukkelijk” is (hetgeen kan worden betwijfeld, aangezien de toestemmingverklaring door verweerster is ingesteld als standaardoptie, die niet door de consument kan worden uitgeschakeld).
- 7 De uitkomst van het geding hangt ten eerste ervan af of de overeenkomst betreffende het „datingplatform” wel of niet (uitsluitend) betrekking heeft op de levering van digitale inhoud. Indien het antwoord op deze vraag bevestigend luidt, moet de informatie worden getoetst aan het bepaalde in artikel 8, lid 1, onder k), van de richtlijn (zie hiervoor vraag 2). Indien het antwoord op de eerste vraag ontkennend luidt, zou het beroep reeds daarom gegrond zijn omdat verweerster dan ten onrechte heeft laten weten dat het herroepingsrecht eindigt zodra met de levering wordt begonnen, terwijl krachtens het toepasselijke artikel 16, onder a), van de richtlijn – uitgaande van een kwalificatie als dienst – het recht pas eindigt op het moment dat de diensten volledig zijn uitgevoerd.
- 8 Uit de rechtspraak blijkt dat van een levering van digitale inhoud niet slechts sprake is bij een eenmalige levering door de handelaar, maar ook bij langdurigere verplichtingen uit een aangegane duurovereenkomst [zie Oberlandesgericht München (hoogste rechterlijke instantie van de deelstaat Beieren, München, Duitsland), ECLI:DE:OLGMUEN:2016:0630.6U732.16.0A [OMISSIS] betreffende een overeenkomst over toegang tot een televisieprogramma via het internet]. De rechtspraak baseert zich hierbij onder meer op artikel 14, lid 4, onder b) van de richtlijn **[Or. 7]**, dat bepaalt dat ook bij een slechts gedeeltelijke levering van de verschuldigde digitale inhoud, de consument geen kosten heeft.
- 9 Ook als men deze opvatting huldigt, is de Senat geneigd deze bepaling hier niet van toepassing te achten. De overeenkomst beperkt zich immers niet tot de levering van digitale inhoud aan de consument. Afgezien van de levering moest verweerster ervoor zorgen dat de mogelijkheid om tijdens de duur van de overeenkomst met andere leden contact op te nemen, bleef voortbestaan. Bovendien moest verweerster ervoor zorgen dat het lid gegevens kon invoeren en moest zij deze gegevens – als onderdeel van het businessmodel – ook aan andere leden ter beschikking stellen, zodat derden contact konden opnemen met de klant. De consument is dus niet alleen maar de ontvanger van digitale inhoud, die met

zijn keuzes de levering zonder meer van deze inhoud in gang zet, maar hij levert ook zelf gegevens aan, die aan andere klanten verstrekt worden. Het businessmodel van verweester houdt nu juist in dat zoveel mogelijk consumenten hun gegevens invoeren en deze aan andere consumenten ter kennis brengen, en aan de hand daarvan contact opnemen. De verplichting van verweester gaat daarmee wezenlijk verder dan de loutere levering van digitale inhoud aan de hierom vragende consument. Met het oog op een hoog niveau van consumentenbescherming (artikel 1 van de richtlijn), worden uitzonderingen in de regel strikt uitgelegd. Ten aanzien van de uitzonderingsbepaling van artikel 16, onder c), van de richtlijn, heeft het Bundesgerichtshof (hoogste federale rechter in burgerlijke en strafzaken, Duitsland) (ECLI:DE:BGH:2018:300818UVIIZR243.17.0 [OMISSIS]) in een zaak over de levering en de bouw van een traplift in een woning, geoordeeld dat indien de levering van de goederen niet het zwaartepunt van de overeenkomst vormt, de uitzondering niet geldt. De vraag wanneer artikel 16, onder m), van de richtlijn van toepassing is, is nog onbeantwoord. Zij is niet slechts van belang in het kader van de richtlijn, maar ook in het kader van richtlijn (EU) 2019/770 van het Europees Parlement en de Raad betreffende bepaalde aspecten van overeenkomsten voor de levering van digitale inhoud en digitale diensten (PB 2019, L 136, blz. 1).

Tweede vraag

- 10 Indien het voorwerp van de overeenkomst de levering van digitale inhoud uitmaakt, moet worden nagegaan of de door verweester verstrekte informatie in overeenstemming is met de toepasselijke voorschriften. Hierbij rijzen de volgende deelvragen: **[Or. 8]**

- Verliest de consument onder de omstandigheden genoemd in artikel 16, onder k), van de richtlijn, zijn herroepingsrecht in ieder geval, of gelden daarvoor nadere voorwaarden (zie onder a)?
- Indien nadere voorwaarden gelden, moet de informatie van de handelaar aan de consument deze voorwaarden vermelden (zie onder b)?

a)

- 11 Het is onduidelijk of – verondersteld dat er een geldige toestemming is van de consument – het herroepingsrecht ingevolge artikel 16, onder k), van de richtlijn reeds teniet gaat wanneer de handelaar begint met de uitvoering van de levering dan wel of dat hieraan meer voorwaarden zijn verbonden. Daarover handelt in wezen de eerste deelvraag. Krachtens artikel 8, lid 7, eerste zin, van de richtlijn dient de handelaar de consument uiterlijk bij de levering van de goederen of voordat de verrichting van de dienst begint, een bevestiging van de gesloten overeenkomst te verstrekken. Krachtens artikel 8, lid 7, tweede zin, onder b), van de richtlijn omvat de bevestiging ook „de bevestiging van de uitdrukkelijke

voorafgaande toestemming en de erkenning van de consument overeenkomstig artikel 16, onder m.” Het is omstreden of de consument zijn herroepingsrecht ook verliest indien een dergelijke bevestiging niet wordt gegeven voor het begin van levering van de digitale inhoud door de handelaar. De Oostenrijkse wetgever meent van niet, nu hij dit verlies uitdrukkelijk koppelt aan het feit dat de levering aanvangt „na verstrekking van de bevestiging overeenkomstig § 7, lid 3,”; [OMISSIS]. Daarentegen is de Duitse wetgever ervan uitgegaan dat artikel 8, lid 7, van de richtlijn enkel een verplichting tot vastlegging betreft, en dat ook zonder voorafgaande verstrekking van deze bevestiging, er sprake kan zijn van verlies van het herroepingsrecht [Bundestagsdrucksache (parlementair stuk) 17/12637, blz. 55-56 en blz. 64; [OMISSIS]]; het ontbreken van een dergelijke bevestiging leidt slechts tot bewijsproblemen voor de handelaar.

- 12 De bewoordingen van artikel 16, onder m), van de richtlijn bevatten geen dergelijk vereiste. De vraag is echter of dit moet worden afgeleid uit de samenhang met artikel [Or. 9] 8, lid 7, van de richtlijn. De nationale wetgever heeft in dat opzicht blijkens artikel 4 van de richtlijn geen speelruimte. Bovendien zou er anders geen toepassingsgebied overblijven voor artikel 14, lid 4, onder b), punt iii) (ook de Bundestagsdrucksache 17/12637, blz. 64, ziet dit aldus, maar trekt daaruit de conclusie dat een omzetting van deze bepaling in het nationale recht niet nodig is).

b)

- 13 Indien men ervan uitgaat dat het herroepingsrecht van de consument slechts dan teniet gaat, wanneer de handelaar voordat hij begint met de levering van digitale inhoud, ook de bevestiging ingevolge artikel 8, lid 7, van de richtlijn heeft verstrekt, rijst de tweede deelvraag, namelijk of de handelaar ook over deze voorwaarde moet informeren (hetgeen hier niet is gebeurd). Krachtens artikel 6, lid 1, onder k), van de richtlijn moet de handelaar in de gevallen waarin de consument ingevolge artikel 16 geen herroepingsrecht heeft, de consument ook informeren over de omstandigheden waaronder de consument zijn herroepingsrecht verliest.
- 14 De tekst van artikel 6, lid 1, onder k), is niet geheel eenduidig. Enerzijds kan de tekst zo worden begrepen dat de consument enkel over de omstandigheden genoemd in artikel 16 moet worden geïnformeerd; daar hoort het op artikel 8, lid 7, van de richtlijn berustende vereiste van een voorafgaande verstrekking van de bevestiging van de overeenkomst niet bij. Anderzijds kan artikel 6, lid 1, onder k), ook zo worden begrepen dat de consument in de gevallen van artikel 16, waarin een verlies van het herroepingsrecht aan de orde is, geïnformeerd moet worden over de omstandigheden die leiden tot een verlies van het herroepingsrecht, en wel volledig, dus ook over het vereiste van een voorafgaande verstrekking van de bevestiging van de overeenkomst.
- 15 Het doel van verwezenlijking van een hoog niveau van consumentenbescherming (artikel 1 van de richtlijn) pleit voor een ruime informatieplicht. Indien de

consument onvoldoende informatie wordt verschaft, kan hij worden afgehouden van de uitoefening van zijn herroepingsrecht, in situaties waarin dit recht hem nog steeds toekomt.

- 16 Daartegen zou kunnen worden ingebracht dat een verplichting om ook te informeren over het vereiste van een voorafgaande verstrekking van de bevestiging van de overeenkomst overeenkomstig artikel 8, lid 7, van de richtlijn, te hoge eisen stelt aan de handelaar, omdat **[Or. 10]** dit vereiste slechts volgt uit een uitlegging van de bewoordingen, in hun onderlinge samenhang bezien, welke uitlegging bovendien omstreden is. In de Duitse rechtspraak inzake informatieverstrekking over het herroepingsrecht wordt deels aangenomen dat de handelaar bij de formulering van de informatie de tekst van de wet mag volgen, ook wanneer deze onduidelijk is of, gelezen in samenhang met andere bepalingen, onnauwkeurig is (bijvoorbeeld Bundesgerichtshof, ECLI:DE:BGH:2017:16057UXIZR586.15.0, punt 23 [OMISSIS]).

[Handtekeningen]

[OMISSIS]