

Zaak C-287/19

Samenvatting van het verzoek om een prejudiciële beslissing overeenkomstig artikel 98, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof van Justitie

Datum van indiening:

5 april 2019

Verwijzende rechter:

Oberster Gerichtshof (Oostenrijk)

Datum van de verwijzingsbeslissing:

25 januari 2019

Verweerster en verzoekster tot „Revision“:

DenizBank AG

Verzoeker en verweerder in „Revision“:

Verein für Konsumenteninformation

Voorwerp van de procedure in het hoofdgeding

Consumentenbescherming – Transparantietoets – Geldigheid van bedingen die voorzien in een fictieve toestemming waardoor het risico van aansprakelijkheid voor niet-toegestane betalingen bij de betalingsdienstgebruiker wordt gelegd – Toepasselijkheid van de derogatie van artikel 63, lid 1, van richtlijn 2015/2366

Voorwerp en rechtsgrondslag van de prejudiciële vraag

Uitlegging van richtlijn (EU) 2015/2366 (richtlijn betreffende betalingsdiensten), artikel 267 VWEU

Prejudiciële vragen

- 1) Moet artikel 52, punt 6, onder a), juncto artikel 54, lid 1, van richtlijn (EU) 2015/2366 (richtlijn betreffende betalingsdiensten), krachtens welke de betalingsdienstgebruiker wordt geacht voorgestelde wijzigingen in de

voorwaarden te hebben aanvaard tenzij de betalingsdienstgebruiker de betalingsdienaarbieder vóór de voorgestelde datum van inwerkingtreding van die wijzigingen ervan in kennis heeft gesteld dat de wijzigingen niet worden aanvaard, aldus worden uitgelegd dat ook met een consument zonder enige beperking een fictieve toestemming voor alle mogelijke contractuele voorwaarden kan worden overeengekomen?

- 2.a) Moet artikel 4, punt 14, van de richtlijn betreffende betalingsdiensten aldus worden uitgelegd dat de NFC-functie van een gepersonaliseerde multifunctionele bankpas waarmee kleine betalingen ten laste van de daarmee verbonden bankrekening van de klant worden verricht een betaalinstrument is?
- 2.b) Indien het antwoord op vraag 2.a) bevestigend luidt:

Moet artikel 63, lid 1, onder b), van de richtlijn betreffende betalingsdiensten, die betrekking heeft op de derogatie voor instrumenten voor de betaling van kleine bedragen en elektronisch geld, aldus worden uitgelegd dat een contactloze betaling van een klein bedrag met behulp van de NFC-functie van een gepersonaliseerde multifunctionele bankpas moet worden aangemerkt als anoniem gebruik van een betaalinstrument in de zin van de derogatie?

3. Moet artikel 63, lid 1, onder b), van de richtlijn betreffende betalingsdiensten aldus worden uitgelegd dat een betalingsdienaarbieder zich alleen op deze derogatie kan beroepen indien kan worden aangetoond dat het betaalinstrument in het licht van de objectieve stand van de techniek niet kan worden geblokkeerd of verder gebruik ervan niet kan worden verhinderd?

Aangevoerde bepalingen van Unierecht

Richtlijn (EU) 2015/2366 van het Europees Parlement en de Raad van 25 november 2015 betreffende betalingsdiensten in de interne markt (richtlijn betreffende betalingsdiensten), artikel 4, punt 14, en de artikelen 52, 54 en 63

Richtlijn 2002/22/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake de universele dienst en gebruikersrechten met betrekking tot elektronische-communicatienetwerken en -diensten (Universeledienstrichtlijn), artikel 20, lid 4

Aangevoerde bepalingen van nationaal recht

Zahlungsdienstegesetz (wet betreffende betalingsdiensten; hierna: „ZadiG”), § 4, punt 14, en §§ 48, 50 en 57

Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (Algemeen Burgerlijk Wetboek; hierna: „ABGB”), § 879, lid 3

Konsumentenschutzgesetz (wet inzake consumentenbescherming; hierna ook: „KSchG”), § 6, lid 3

Korte weergave van de feiten en van de procedure

- 1 Verzoeker is een procesbevoegde vereniging voor de behartiging van consumentenbelangen in de zin van de Oostenrijkse wet inzake consumentenbescherming. Verweerster verricht bankactiviteiten in heel Oostenrijk en maakt bij haar commerciële transacties met consumenten gebruik van algemene voorwaarden en contractformulieren, onder andere voor het gebruik van betaalkaarten met de NFC-functie (Near Field Communication).
- 2 Met deze betaalkaarten van verweerster kunnen bij kassa's die zijn voorzien van de daarvoor vereiste technische uitrusting contactloos kleine betalingen van maximaal 25 EUR worden verricht zonder dat daarbij een pincode moet worden ingevoerd. Voor de betaling van hogere bedragen is een aanvullende authenticatie door middel van een code vereist. De NFC-functie van de bankpassen wordt automatisch geactiveerd wanneer de klant de kaart voor het eerst gebruikt.
- 3 Voor het verzoek om een prejudiciële beslissing zijn de volgende bedingen van de algemene voorwaarden van verweerster relevant:

Beding 14:

„Wijzigingen van de richtlijnen voor de klant: wijzigingen in deze richtlijnen zullen uiterlijk twee maanden vóór de geplande datum van inwerkingtreding aan de klant worden voorgesteld. De klant wordt geacht deze wijzigingen te hebben aanvaard en de wijzigingen worden geacht te zijn overeengekomen, indien de klant heeft nagelaten om DenizBank AG vóór de geplande datum van inwerkingtreding van zijn weigering in kennis te stellen. Het hierboven bedoelde voorstel tot wijziging wordt aan de klant meegedeeld op papier of, indien de klant daarmee instemt, op een andere duurzame drager. In haar voorstel tot wijziging zal DenizBank AG de klant erop attenderen dat zijn stilzwijgen in de hierboven bedoelde zin als toestemming voor de wijziging zal worden beschouwd. Bovendien zal DenizBank AG op haar website een vergelijking van de gewijzigde bepalingen publiceren en deze vergelijking ook aan de klant verstrekken. In het geval van een ondernemer volstaat het om het voorstel tot wijziging op een met de ondernemer overeengekomen wijze gereed te houden zodat dit kan worden geraadpleegd. In het geval van een dergelijke voorgenomen wijziging van de richtlijnen heeft de klant-consument het recht om zijn raamovereenkomsten voor betalingsdiensten (in het bijzonder de rekening-courant-overeenkomst) kosteloos en zonder opzegtermijn te beëindigen vóór de inwerkingtreding van de wijzigingen. In haar wijzigingsvoorstel zal DenizBank AG de klant daarop eveneens attenderen.”

Beding 15.

„Geen bewijs van autorisatie: aangezien betalingen van kleine bedragen zonder invoering van de persoonlijke code bedoeld zijn als vereenvoudigde betalingstransactie zonder autorisatie, hoeft Denizbank AG niet het bewijs te leveren dat de betalingstransactie was toegestaan, dat deze naar behoren is geregistreerd en is opgenomen in de rekeningen en dat deze niet is beïnvloed door een technisch mankement of een andere storing.”

Beding 16.

„Geen aansprakelijkheid voor niet-toegestane betalingen: aangezien Denizbank AG bij het gebruik van de betaalkaart voor kleine betalingen zonder invoering van de persoonlijke code niet het bewijs kan leveren dat de betalingstransactie door de kaarthouder is toegestaan, is zij niet verplicht om het bedrag van een niet-toegestane betalingstransactie terug te betalen of om de bankrekening ten laste waarvan de transactie is verricht te herstellen in de toestand waarin deze zich zou hebben bevonden indien de niet-toegestane transactie niet had plaatsgevonden. Ook verdere vorderingen jegens Denizbank AG zijn uitgesloten voor zover deze op gewone nalatigheid van Denizbank AG berusten.”

Beding 17.

„Waarschuwing: de rekeninghouder draagt het risico van misbruik van de betaalkaart voor kleine betalingen zonder invoering van de persoonlijke code.”

Beding 18.

„Geen blokkering voor kleine betalingen mogelijk bij verlies van de betaalkaart: Het is technisch niet mogelijk om de betaalkaart voor kleine betalingen te blokkeren. In het geval van verlies of diefstal van de betaalkaart kunnen ook na een blokkering in de zin van punt 2.7 kleine betalingen tot een bedrag van 75,00 EUR zonder invoering van de persoonlijke code worden verricht. Deze bedragen worden niet terugbetaald. Aangezien het gaat om kleine betalingen in de zin van artikel 33 ZadiG, er slechts afzonderlijke betalingen tot een maximum van 25,00 EUR mogelijk zijn en het niet mogelijk is om de betaalkaart voor kleine betalingen zonder invoering van de persoonlijke code te blokkeren, is § 44, lid 3, ZadiG niet van toepassing.”

Beding 19.

„Voor zover punt 3 geen uitdrukkelijke bijzondere regeling voor kleine betalingen bevat, zijn daarop eveneens de bepalingen van punt 2 (kaartdienst) van toepassing.”

- 4 De rechter in eerste aanleg heeft de vordering met betrekking tot de bedingen 14 tot en met 19 toegewezen. Naar zijn oordeel is beding 14 kennelijk onbillijk. Er is niet voldaan aan de voorwaarden voor de derogatie voor instrumenten voor de

betaling van kleine bedragen, omdat de betaalkaart ook voor andere betalingen kan worden gebruikt. Volgens deze rechter kan de aanvullende functie van een contactloze betaling zonder authenticatie helemaal niet als betaalinstrument worden aangemerkt.

- 5 De rechter in tweede aanleg was het met deze uitlegging eens. Indien alleen wordt uitgegaan van de contactloze betaalfunctie, is er geen sprake van een betaalinstrument, maar moet deze procedure worden behandeld als MoTo-transacties die door middel van een creditcard worden verricht. Daarvoor pleit dat, in tegenstelling tot een „elektronische portemonnee”, de NFC-betaalfunctie, welke zonder invoer van een pincode kan worden geactiveerd, bij lage bedragen automatisch wordt geactiveerd. Bovendien is de voor NFC-transacties gebruikte bankpas niet anoniem, maar gepersonaliseerd en beveiligd met een code.

Voornaamste argumenten van partijen in het hoofdgeding

- 6 Verzoeker heeft aangevoerd dat de bedingen ongeldig zijn. Beding 14 kan volgens verzoeker ook betrekking hebben op de voornaamste prestaties en is derhalve kennelijk onbillijk en ondoorzichtig. De met een bankpas verbonden NFC-betalingsfunctie valt volgens verzoeker niet onder de derogatie voor instrumenten voor de betaling van kleine bedragen en elektronisch geld.
- 7 Verweerster heeft daartegen aangevoerd dat beding 14 voldoet aan de wettelijke vereisten. De individuele betalingsfuncties van de kaart moeten volgens haar afzonderlijk worden beoordeeld.

Korte uiteenzetting van de motivering van de verwijzingsbeslissing

- 8 In haar verzoek tot „Revision” voert verweerster aan dat beding 14 voldoet aan de letterlijke bepalingen van de richtlijn en de wet en derhalve niet nader kan worden getoetst op geschiktheid en transparantie. In het geval van transacties die op grote schaal worden verricht, is de mogelijkheid om ook met consumenten tot een dergelijke fictieve wilsovereenstemming te komen in de praktijk noodzakelijk voor de rechtszekerheid, omdat van de overgrote meerderheid van de klanten geen uitdrukkelijke toestemming kan worden verkregen. De beperking van deze mogelijkheid tot bepaalde contractuele bedingen of de eis om wijzigingen die via een fictieve toestemming kunnen worden aangebracht van tevoren dermate gedetailleerd te beschrijven dat de bedingen voldoen aan de strikte transparantieverplichting gaat te ver en stelt praktisch onhaalbare vereisten inzake de formulering van geoorloofde algemene voorwaarden.
- 9 Het Oberste Gerichtshof (hoogste federale rechter in civiele en strafzaken, Oostenrijk) heeft evenwel reeds herhaaldelijk geoordeeld dat een beding dat in een fictieve toestemming voorziet niet alleen automatisch geoorloofd is omdat het aan de formele vereisten voldoet, maar dat aldus mogelijk gemaakte bedingen inzake wijzigingen aan een overeenkomst tevens onderworpen zijn aan toetsing in

de zin van richtlijn 93/13/EEG van de Raad van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten en de omzetting daarvan in het nationale recht (§ 879, lid 3, ABGB en § 6, lid 3, KSchG).

- 10 Volgens deze opvatting is de totstandkoming van bijzonder verstrekkende wijzigingen die betrekking hebben op de grondslagen van de juridische betrekkingen tussen de partijen niet mogelijk door middel van een fictieve toestemming; indien een beding vrijwel onbeperkte wijzigingen ten voordele van de onderneming en ten nadele van de consument toestaat door middel van een louter fictieve toestemming, wordt dit beding als kennelijk onbillijk beschouwd. Bovendien wordt een beding in de rechtspraak als ondoorzichtig beschouwd, zo niet alleen volledig onbepaald blijft welke prestaties van de betalingsdienstaanbieder door middel van een fictieve toestemming kunnen worden ingeperkt, maar ook in welke mate er een wijziging aan de door de consument betaalde vergoeding kan worden aangebracht. Wel geoorloofd zou een situatie zijn waarin de wijzigingsbevoegdheid bijvoorbeeld aldus wordt geconcretiseerd dat deze betrekking heeft op wijzigingen uit hoofde van wetsherzieningen of administratieve en gerechtelijke voorschriften dan wel op wijzigingen ten gunste van de gebruiker of dat deze voor bepaalde gebieden de intentie van dergelijke wijzigingen vaststelt.
- 11 De redenering achter deze rechtspraak is dat een contractuele fictieve toestemming ondanks het formele recht van bezwaar in de praktijk neerkomt op een eenzijdige wijzigingsbevoegdheid van de ondernemer, aangezien de ervaring heeft uitgewezen dat consumenten de voorgestelde wijzigingen in de regel niet nader bestuderen.
- 12 In overeenstemming met de bewoordingen van de richtlijn betreffende betalingsdiensten, regelen de bepalingen van § 48, lid 1, punt 6, onder a), en § 50, lid 1, ZadiG 2018 welke informatie door de ondernemer moet worden verstrekt en wat hij in het geval van geplande wijzigingen moet aangeven, *indien* er een fictieve toestemming is overeengekomen. Volgens het Oberste Gerichtshof vooronderstelt deze formulering dat er van een dergelijke overeenkomst sprake is, maar wordt de inhoud daarvan niet geregeld. Anders dan voor een aanbieder van telecommunicatiediensten in de zin van artikel 20, lid 4, van richtlijn 2002/22/EG (Universeledienstrichtlijn) is het voor een betalingsdienstaanbieder bijgevolg niet rechtstreeks geoorloofd krachtens de richtlijn om voor alle mogelijke algemene voorwaarden een eenzijdige mogelijkheid tot wijziging door middel van een fictieve toestemming overeen te komen.
- 13 In het geval van een onbeperkte fictieve toestemming zou het, wanneer deze eenmaal is overeengekomen, te allen tijde mogelijk zijn om klanten onbeperkt te laten overschakelen op modelovereenkomsten die minder gunstig voor hen zijn en om er daarbij vanuit te gaan dat zij lange contractuele teksten niet zullen bestuderen, dat zij de effecten daarvan niet begrijpen of dat zij de wijzigingen in ieder geval zullen aanvaarden omdat daarvoor in hun ogen geen ander alternatief bestaat dan dat de overeenkomst zou worden beëindigd.

- 14 Volgens het Oberste Gerichtshof wordt deze opvatting bevestigd door overweging 63 van de richtlijn betreffende betalingsdiensten, welke luidt als volgt: „Teneinde een hoog niveau van consumentenbescherming te garanderen, moeten de lidstaten de mogelijkheid hebben in het belang van de consument restricties of verbodsbepalingen te handhaven of in te voeren ten aanzien van eenzijdige veranderingen in de voorwaarden van een raamovereenkomst, bijvoorbeeld indien er geen gerechtvaardigde reden voor een verandering is.”
- 15 Overeenkomstig artikel 63, lid 1, onder b), van de richtlijn betreffende betalingsdiensten kunnen betalingsdienstaanbieders met betrekking tot betaalinstrumenten die overeenkomstig de raamovereenkomst uitsluitend worden gebruikt voor afzonderlijke betalingstransacties van maximaal 30 EUR, met een uitgavenlimiet van 150 EUR of waarop maximaal een bedrag van 150 EUR tegelijk kan worden opgeslagen, met hun betalingsdienstgebruikers overeenkomen dat de artikelen 72 en 73 en artikel 74, leden 1 en 3, niet van toepassing zijn indien het betaalinstrument **anoniem** wordt gebruikt **of** de betalingsdienstaanbieder om andere met het betaalinstrument verband houdende redenen **niet het bewijs kan leveren** dat de betalingstransactie was **toegestaan**.
- 16 De in het hoofdeding gerezen prejudiciële vraag luidt of de NFC-betalingsfunctie van een gepersonaliseerde bankpas een betaalinstrument in de zin van artikel 4, lid 14, van de richtlijn betreffende betalingsdiensten is. Volgens het Oberste Gerichtshof is dit het geval.
- 17 Voor het overige moet worden verduidelijkt wanneer een betaalinstrument anoniem wordt gebruikt.
- 18 Volgens de bewoordingen van artikel 63, lid 1, onder b), van de richtlijn betreffende betalingsdiensten moet ervan worden uitgegaan dat wat „anoniem” gebruik en „andere met het betaalinstrument verband houdende redenen” met elkaar gemeen hebben erin bestaat dat de betalingsdienstaanbieder niet het bewijs kan leveren dat een betalingstransactie niet was toegestaan.
- 19 In het geval van het gebruik van een gepersonaliseerde bankpas zonder pincode in de zin van de richtlijn is het niet meteen duidelijk of dit bewijs echt niet kan worden geleverd. In dit verband is het twijfelachtig in welke mate het bezitten van de bankpas een aanwijzing is voor het feit dat deze onder de directe en effectieve controle van de betrokkene valt.
- 20 In het hoofdeding bevatten de litigieuze contractbedingen ook uitzonderingen uit hoofde van artikel 63, lid 1, onder a), van de richtlijn betreffende betalingsdiensten. In dit verband is niet duidelijk of het technisch mogelijk is om de bankpas voor kleine betalingen te blokkeren en of deze technische mogelijkheid wel relevant is. Met andere woorden: het moet worden verduidelijkt of de betalingsdienstaanbieder het recht heeft om de technische mogelijkheden niet volledig te benutten en zodoende het risico van aansprakelijkheid voor niet-toegestane betalingen bij de betalingsdienstgebruiker te leggen.