

**Sprawa C-438/19**

**Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym**

**Data wpływu:**

11 czerwca 2019 r.

**Oznaczenie sądu odsyłającego:**

Oberlandesgericht Düsseldorf (Niemcy)

**Data wydania postanowienia o wystąpieniu z wnioskiem o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym:**

4 czerwca 2019 r.

**Strona powodowa, wnosząca apelację i pozwana wzajemna w postępowaniu apelacyjnym:**

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

**Strona pozwana, wnosząca apelację i pozwana wzajemna w postępowaniu apelacyjnym:**

Frontline Digital GmbH

[...] Ogłoszono w dniu 4 czerwca 2019 r.

[...] [...]

**OBERLANDESGERICHT DÜSSELDORF**

**POSTANOWIENIE**

W sprawie

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

strony powodowej, wnoszącej apelację i pozwanej wzajemnej w postępowaniu apelacyjnym,

[...] przeciwko

Frontline Digital GmbH,

stronie pozwanej, wnoszącej apelację i pozwanej wzajemnej w postępowaniu apelacyjnym,

[...] Oberlandesgericht Düsseldorf (wyższego sądu krajowego w Dusseldorfie) 20. izba cywilna po przeprowadzeniu rozprawy w dniu 30 kwietnia 2019 r. [...] **[Or. 2]**

p o s t a n o w i ł:

I.

Postępowanie zostaje zawieszono.

II.

Oberlandesgericht Düsseldorf (wyższy sąd krajowy w Dusseldorfie) przedkłada Trybunałowi Sprawiedliwości Unii Europejskiej następujące pytania dotyczące wykładni dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/83/UE z dnia 25 października 2011 r. w sprawie praw konsumentów, zmieniającej dyrektywę Rady 93/13/EWG i dyrektywę 1999/44/WE Parlamentu Europejskiego i Rady oraz uchylającej dyrektywę Rady 85/577/EWG i dyrektywę 97/7/WE Parlamentu Europejskiego i Rady (Dz.U. L 304, s. 64), zwanej dalej „dyrektywą 2011/83” celem wydania orzeczenia w trybie prejudycjalnym:

1. Czy w wypadku umów zawieranych na odległość konsumentowi dostarczane są treści cyfrowe w rozumieniu art. 16 lit. m) dyrektywy 2011/83/UE w sytuacji, gdy konsument zawiera z przedsiębiorcą umowę w przedmiocie korzystania z internetowego »portalu do zawierania znajomości«?
2. W razie odpowiedzi twierdzącej na pytanie pierwsze – Czy rozpoczęcie przez przedsiębiorcę dostarczania konsumentowi treści cyfrowych prowadzi do utraty prawa do odstąpienia przez konsumenta od umowy zgodnie z art. 16 lit. m) dyrektywy 2011/83 także wtedy, gdy wbrew art. 8 ust. 7 dyrektywy 2011/83 przedsiębiorca uprzednio nie przesłał konsumentowi potwierdzenia zawarcia umowy z podanymi tam informacjami?

Jeżeli w takim wypadku konsument nadal zachowuje prawo do odstąpienia od umowy:

Czy konsumenta należy uprzednio o tym powiadomić zgodnie z art. 6 ust. 1 lit. k) dyrektywy 2011/83? **[Or. 3]**

U z a s a d n i e n i e:

- 1 Powód jest organizacją zrzeszającą 16 centrali konsumenckich [organizacji reprezentujących prawa konsumentów, działających na szczeblu krajów związkowych – uwaga tłum.] oraz 25 dalszych organizacji zajmujących się zagadnieniami konsumenckimi i społecznymi w Niemczech. Powód jest wpisany na listę organizacji kwalifikowanych zgodnie z § 4 Unterlassungsklagegesetz (Gesetz über Unterlassungsklagen bei Verbraucherrechts- und anderen Verstößen; ustawy o powództwach o zaniechanie w razie naruszeń prawa konsumenckiego i innych). Zgodnie z rozporządzeniem (WE) nr 2006/2004 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 27 października 2004 r. w sprawie współpracy między organami krajowymi odpowiedzialnymi za egzekwowanie przepisów prawa w zakresie ochrony konsumentów (Dz.U. L 364, s. 1) powód został wyznaczony przez Bundesamt für Justiz (federalny urząd ds. wymiaru sprawiedliwości, Niemcy) jako organ, do którego zwrócił się austriacki Bundeskartellanwalt (federalny urząd kartelowy, Austria) celem zwalczania pewnych wewnątrzspółnotowych naruszeń ustaw o ochronie interesów konsumentów.
- 2 Pozwana ma siedzibę w Niemczech i jest operatorem „portalu do zawierania znajomości” [prowadzonego pod adresem internetowym] [www.parwise.at](http://www.parwise.at). Chodzi tu o realizowane online pośredniczenie w znalezieniu partnera, które kierowane jest do konsumentów mających miejsce zwykłego pobytu w Austrii. Pozwana opisuje przedmiot swojej działalności w sposób następujący:

Operator udostępnia treści cyfrowe bezpłatnie i odpłatnie. Klienci mogą przeglądać treści cyfrowe oraz korzystać z nich. Zawartość tych treści generowana jest przede wszystkim przez użytkowników i przyjmuje postać np. profili użytkowników, zdjęć i wiadomości. Nawiązanie kontaktu nie jest gwarantowane.

Przed nieodpłatnym zarejestrowaniem się na stronie internetowej konsument pytany jest o różne cechy osobowości, tak aby można mu było przedstawić odpowiednie propozycje partnerów. Odpłatne „członkostwo premium” pozwala na nieograniczony odbiór wiadomości, oglądanie wszystkich zdjęć oraz daje nieograniczone prawo do kontaktu. Przed zawarciem umowy odpłatnej konsument otrzymuje m.in. następującą informację:

Wyraźnie wnoszę o rozpoczęcie przez operatora udostępniania treści cyfrowych natychmiast po dokonaniu zakupu, bez zwłoki i przed upływem terminu do odstąpienia od umowy. Jest mi wiadome, że wskutek wyrażenia niniejszej zgody tracę moje prawo do odstąpienia od umowy chwilą udostępnienia mi treści cyfrowych.
- 3 Powód kwestionuje w szczególności tę właśnie informację, niezależnie od innych, niemających tu znaczenia postanowień. Uważa on, że pozwana w sposób nieprawidłowy informuje konsumenta o jego prawie do odstąpienia od umowy [prawo to w austriackim porządku prawnym określa się jako Rücktrittsrecht, natomiast w porządku niemieckim, a także w samej dyrektywie 2011/83 prawo to

określa się jako *Widerrufsrecht* – uwaga tłum.]. Umowa [Or. 4] nie dotyczy dostarczania treści cyfrowych i należy ją kwalifikować jako zwykłą umowę o świadczenie usług. Pozwana jest natomiast odmiennego zdania, że chodzi tu o dostarczanie treści cyfrowych, stąd z uwzględnieniem art. 6 ust. 1 lit. k) oraz art. 16 lit. m) dyrektywy 2011/83 informacji nie można podważyć.

4 Landgericht (sąd krajowy) nakazał pozwanej zgodnie z żądaniem pozwu,

aby przy podejmowanych w ramach działalności gospodarczej czynnościach w stosunku do konsumentów, którzy mają miejsce zwykłego pobytu w Austrii,

przekazywała konsumentom przed złożeniem przez nich oświadczenia o zawarciu umowy, które prowadzi do nabycia płatnego członkostwa w serwisie do zawierania znajomości, następującą informację o utracie przez nich prawa do odstąpienia od umowy:

„Wyraźnie wnoszę o rozpoczęcie przez operatora udostępniania treści cyfrowych natychmiast po dokonaniu zakupu, bez zwłoki i przed upływem terminu do odstąpienia od umowy. Jest mi wiadome, że wskutek wyrażenia niniejszej zgody tracę prawo do odstąpienia od umowy z chwilą udostępnieniem mi treści cyfrowych.”

o ile będzie to dokonywane w sposób następujący.

[Or. 5] W uzasadnieniu Landgericht (sąd krajowy) wskazał, że takie oświadczenie konsumenta może zostać złożone wyłącznie po zawarciu umowy, a nie przed ani wraz ze złożeniem przez niego oświadczenia o zawarciu umowy. Od powyższego pozwana wniosła apelację.

- 5 Austria implementowała dyrektywę 2011/83 m.in. w drodze Bundesgesetz über Fernabsatz- und außerhalb von Geschäftsräumen geschlossene Verträge [Fern- und Auswärtsgeschäfte Gesetz – FAGG; ustawy federalnej o umowach zawieranych na odległość i poza lokalem przedsiębiorstwa (ustawy o czynnościach na odległość i poza lokalem przedsiębiorstwa, zwanej dalej „FAGG”)], która stanowi m.in.:

### § 3

W niniejszej ustawie federalnej następujące pojęcia oznaczają

[...]

6. „treści cyfrowe” – dane wytworzone lub udostępnione w formie cyfrowej;

[...]

§ 4 ust. 1

Zanim konsument zwiąże się umową lub swoim oświadczeniem o zawarciu umowy, przedsiębiorca musi w jasny i zrozumiały sposób przekazać mu następujące informacje:

[...]

8. w przypadku istnienia prawa do odstąpienia o warunkach, terminach i sposobie postępowania celem wykonania tego prawa, [...]

11. ewentualnie o nieistnieniu prawa do odstąpienia zgodnie z § 18 albo o okolicznościach, w których konsument traci prawo do odstąpienia,

[...]

§ 7 ust. 3

Przedsiębiorca obowiązany jest do udostępnienia konsumentowi w odpowiednim terminie po zawarciu umowy, nie później jednak niż [...] przed rozpoczęciem świadczenia usług, potwierdzenia zawartej umowy [...] W razie potrzeby potwierdzenie zawartej umowy powinno zawierać również potwierdzenie wyrażenia przez konsumenta zgody i przyjęcia do wiadomości treści § 18 ust. 1 pkt. 11.

[...]

§ 18 ust. 1

Konsumentowi nie przysługuje prawo do odstąpienia w przypadku umów zawieranych na odległość lub poza lokalem przedsiębiorstwa i dotyczących **[Or. 6]**

[...]

11. dostarczania treści cyfrowych nieutralonych na materialnym nośniku danych, jeżeli przedsiębiorca – za wyraźną zgodą [konsumenta] na wcześniejsze rozpoczęcie wykonywania umowy i po udostępnieniu [...] oświadczenia zgodnie z (...) § 7 ust. 3 – rozpoczął dostarczanie tych treści jeszcze przed upływem terminu do odstąpienia [...]

*W przedmiocie pytania pierwszego:*

- 6 Na wstępie wyjaśnić należy, że przedmiotem żądania pozwu, co wynika ze sposobu jego sformułowania oraz wyjaśnień udzielonych w trakcie posiedzenia

sądu odsyłającego, jest wyłącznie rzekomo niewłaściwe informowanie konsumentów o przysługującym im prawie do odstąpienia. Stąd nie ma znaczenia, że konsument, jak tego dowodzi przedstawiony zrzut ekranu, poprzez naciśnięcie znajdującego się bezpośrednio pod tekstem przycisku „kupuję” wyraża jednocześnie swoją zgoda na natychmiastowe rozpoczęcie wykonywania [umowy] i związaną z tym rezygnację z prawa do odstąpienia. Sąd odsyłający nie rozstrzyga zatem, jakkolwiek jest to między stronami sporne, czy taka zgoda może zostać wyrażona wyłącznie po, a nie jednocześnie ze złożeniem oświadczenia o zawarciu umowy [jak to przyjął Landgericht], oraz czy zgoda jest „wyraźna” (co jest wątpliwe, ponieważ oświadczenie o wyrażeniu zgody zostało ustawione przez pozwaną jako funkcja domyślna i konsument nie może dokonać odmiennego wyboru).

- 7 Rozstrzygnięcie sporu zależy w pierwszej kolejności od tego, czy przedmiotem umowy dotyczącej serwisu do zawierania znajomości jest (wyłącznie) dostarczanie treści cyfrowych. Jeżeli tak, to informację należy ocenić przez pryzmat art. 8 ust. 1 lit. k) dyrektywy 2011/83/UE (tego dotyczy pytanie drugie). Jeżeli na pytanie pierwsze należy udzielić odpowiedzi przeczącej, to pozew już z tego powodu podlega uwzględnieniu, że pozwana niezgodnie z prawem informuje o wygaśnięciu prawa do odstąpienia już wraz z rozpoczęciem wykonywania świadczenia, podczas gdy w razie przyjęcia kwalifikacji [świadczeń] jako usług prawo to może wygasnąć zgodnie ze znajdującym wtedy zastosowanie art. 16 lit. a) dyrektywy 2011/83 dopiero w momencie całkowitego zakończenia ich świadczenia.
- 8 Judykatura przyjmuje, że dostarczanie treści cyfrowych nie musi polegać wyłącznie na jednorazowej dostawie ze strony przedsiębiorcy, ale w grę wchodzi także długoterminowy stosunek o charakterze ciągłym [zob. wyrok Oberlandesgericht München (wyższego sądu krajowego w Monachium, Niemcy) z dnia 30 czerwca 2016 r., sygn. akt 6 U 732/16, ECLI:DE:OLGMUEN:2016:0630.6U732.16.0A, w przedmiocie umowy o dostęp do programu telewizyjnego za pośrednictwem Internetu]. Uzasadnia się to m.in. odwołaniem do art. 14 ust. 4 lit. b) dyrektywy 2011/83 [**Or. 7**], który przewiduje wyłączenie obowiązku poniesienia przez konsumenta kosztów również w przypadku jedynie częściowego udostępnienia żądanych treści cyfrowych.
- 9 Również w razie przyjęcia tego poglądu sąd odsyłający skłania się ku temu, by odmówić zastosowania tego przepisu w niniejszej sprawie. Przedmiot umowy nie ogranicza się do „dostarczania” konsumentowi treści cyfrowych. Pozwana musiała również dodatkowo utrzymywać możliwość nawiązania kontaktu z innymi użytkownikami przez czas trwania umowy. Nadto pozwana musiała umożliwić wprowadzanie danych przez użytkowników oraz – w ramach swojej koncepcji biznesowej – udostępnić je również innym użytkownikom, żeby osoby trzecie mogły nawiązać kontakt z klientem. Konsument nie jest zatem jedynie odbiorcą treści cyfrowych, który swoim życzeniem powoduje jedynie rozpoczęcie [ich] dostarczania, ale sam jest również dostawcą danych, które udostępniane są innym klientom. Koncepcja biznesowa pozwanej polega właśnie na tym, by

możliwie jak najwięcej konsumentów wprowadziło swoje dane oraz umożliwiło innym konsumentom zaznajomienie się z tymi danymi i przez to nawiązanie kontaktu. Świadczenie, do którego zobowiązuje się pozwana przynosi zatem istotnie zwykle dostarczanie treści cyfrowych na rzecz zainteresowanych konsumentów. Celem zapewnienia wysokiego poziomu ochrony konsumentów (art. 1 dyrektywy 2011/83) wyjątki interpretowane są co do zasady ściśle. Bundesgerichtshof (federalny trybunał sprawiedliwości, Niemcy) wypowiedział się w przedmiocie ustanawiającego wyjątek art. 16 lit. c) dyrektywy 2011/83 w sprawie, która dotyczyła dostarczenia i zamontowania schodolazu w budynku mieszkaniowym {wyrok Bundesgerichtshof (federalnego trybunału sprawiedliwości) z dnia 30 sierpnia 2018 r., sygn. akt VII ZR 243/17, ECLI:DE:BGH:2018:300818UVIIZR243.17.0, [...]}. Bundesgerichtshof (federalny trybunał sprawiedliwości) przyjął, że przepis ustanawiający wyjątek nie znajduje zastosowania wtedy, gdy dostawa towaru nie stanowi głównego przedmiotu umowy. Kwestia zastosowania art. 16 lit. m) dyrektywy 2011/83 nie została jeszcze rozstrzygnięta i ma znaczenie nie tylko w odniesieniu do dyrektywy 2011/83, ale także dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2019/770 z dnia 20 maja 2019 r. w sprawie niektórych aspektów umów o dostarczanie treści cyfrowych i usług cyfrowych (Dz.U. L 136, s. 1).

*W przedmiocie pytania drugiego*

10 Jeżeli umowa miałaby dotyczyć treści cyfrowych, to należałoby zbadać, czy udzielana przez pozwaną informacja odpowiada obowiązującym w tym zakresie przepisom. Postawić tu należy następujące pytania częściowe: **[Or. 8]**

- Czy prawo konsumenta do odstąpienia od umowy wygasa w każdym przypadku określonym w art. 16 lit. k) dyrektywy 2011/83, czy też muszą zostać spełnione dalsze przesłanki [tego dotyczy lit. a)]?
- Jeżeli muszą zostać spełnione dalsze przesłanki, to czy muszą być one wskazane w informacji udzielanej przez przedsiębiorcę konsumentowi [tego dotyczy lit. b)]?

a)

11 Nie zostało jeszcze wyjaśnione, czy prawo do odstąpienia zgodnie z art. 16 lit. k) dyrektywy 2011/83 – przy założeniu wyrażenia przez konsumenta na to zgody w sposób prawidłowy – wygasa już w momencie rozpoczęcia przez przedsiębiorcę wykonywania świadczenia, czy raczej jest to uzależnione od spełnienia dalszych przesłanek. Tego dotyczy pierwsze pytanie częściowe. W myśl art. 8 ust. 7 zdanie pierwsze dyrektywy 2011/83 przedsiębiorca dostarcza konsumentowi potwierdzenie najpóźniej w chwili dostarczenia towarów lub przed rozpoczęciem świadczenia usługi. Zgodnie ze zdaniem drugim lit. b) potwierdzenie to obejmuje również „potwierdzenie uprzedniej wyraźnej zgody konsumenta i przyjęcia do wiadomości przez konsumenta zgodnie z art. 16 lit. m)”. Sporne jest, czy konsument traci swoje prawo do odstąpienia od umowy



także wtedy, gdy takie potwierdzenie nie zostanie przekazane zanim przedsiębiorca zacznie dostarczać treści cyfrowe. Nie zgadza się z tym ustawodawca austriacki i tę utratę wyraźnie uzależnia od tego, by dostawa rozpoczęła się „po udostępnieniu [...] oświadczenia zgodnie z [...] § 7 ust. 3“; [...]. Ustawodawca niemiecki natomiast odmiennie przyjmuje, że w przypadku art. 8 ust. 7 dyrektywy 2011/83 chodzi o zwykły obowiązek dokumentacyjny i do wygaśnięcia prawa do odstąpienia może dojść także bez uprzedniego przesłania tego potwierdzenia {Bundestagsdrucksache (druk parlamentu federalnego) nr 17/12637, s. 55/56, s. 64; [...]}; brak takiego potwierdzenia powoduje po stronie przedsiębiorcy jedynie trudności dowodowe.

- 12 Treść art. 16 lit. m) dyrektywy 2011/83 nie zawiera takiego wymogu. Wątpliwe jest już to, czy istnienie takiego wymogu można stwierdzić dokonując łącznej interpretacji z art. [Or. 9] 8 ust. 7 dyrektywy 2011/83. W tym zakresie ustawodawcy krajowemu nie przysługuje swoboda regulacyjna, [por. – uwaga tłum.] art. 4 dyrektywy 2011/83. Wskazuje się również na to, że w innym przypadku art. 14 ust. 4 lit. b) pkt iii) nie miały w ogóle zakresu zastosowania [tak samo przedstawiono to w Bundestagsdrucksache (druku parlamentu federalnego) nr 17/12637, s. 64, ale na tej podstawie przyjęto tam wniosek, że implementacja przepisu do prawa krajowego byłaby zbędna).
- b)
- 13 Jeżeli przyjmie się, że prawo konsumenta do odstąpienia wygasa jedynie wtedy, gdy przedsiębiorca przed rozpoczęciem dostarczania treści cyfrowych przesłał także potwierdzenie zgodnie z art. 8 ust. 7 dyrektywy 2011/83, to pojawia się drugie pytanie cząstkowe w kwestii tego, czy przedsiębiorca musi informować o tym warunku (co w niniejszej sprawie nie miało miejsca). Zgodnie z art. 6 ust. 1 lit. k) dyrektywy 2011/83 w przypadkach, w których na podstawie art. 16 konsumentowi nie przysługuje prawo do odstąpienia od umowy, przedsiębiorca jest zobowiązany do poinformowania konsumenta także o okolicznościach, w jakich konsument traci prawo do odstąpienia od umowy.
- 14 Treść art. 6 ust. 1 lit. k) nie jest w pełni jednoznaczna. Z jednej strony może on być rozumiany w ten sposób, że konsument musi zostać poinformowany wyłącznie o okolicznościach wskazanych w art. 16. Nie należy do nich więc wynikający z art. 8 ust. 7 dyrektywy 2011/83 wymóg uprzedniego przesłania potwierdzenia umowy. Z drugiej strony może być on rozumiany także w ten sposób, że w przypadkach określonych w art. 16, kiedy w grę wchodzi wygaśnięcie prawa do odstąpienia, konsument winien być informowany kompleksowo o okolicznościach prowadzących do wygaśnięcia tego prawa, w tym również o wymogu uprzedniego przesłania potwierdzenia umowy.
- 15 Cel w postaci zapewnienia wysokiego poziomu ochrony konsumentów (art. 1 dyrektywy 2011/83) przemawia za wyczerpującym obowiązkiem informacyjnym. Udzielenie niewystarczającej informacji może powstrzymać konsumenta od

skorzystania z jego prawa do odstąpienia w tych przypadkach, w których takie prawo jednak mu przysługuje.

- 16 Z drugiej strony zarzucić można, że zbyt uciążliwe jest wymaganie od przedsiębiorcy pouczenia także o obowiązku uprzedniego przesłania potwierdzenia umowy zgodnie z art. 8 ust. 7 dyrektywy 2011/83/UE, ponieważ **[Or. 10]** wymóg ten wyprowadzić można dopiero z całościowej wykładni tekstu, która do tego jest sporna. Niemieckie orzecznictwo dotyczące pouczenia o prawie do odstąpienia przyjmuje po części, że przedsiębiorca może opierać się przy formułowaniu pouczenia na tekście ustawy, a to także wtedy, gdy ten jest niejasny lub gdy w połączeniu z innymi przepisami jest niedokładny {tak np. wyrok Bundesgerichtshof (federalnego trybunału sprawiedliwości) z dnia 16 maja 2017 r., sygn. akt XI ZR 586/15, ECLI:DE:BGH:2017:16057UXIZR586.15.0, nb. 23 [...]}.}

[Podpisy]

[...]