

Sag C-438/19

Anmodning om præjudiciel afgørelse

Dato for indlevering:

11. juni 2019

Forelæggende ret:

Oberlandesgericht Düsseldorf (Tyskland)

Afgørelse af:

4. juni 2019

Sagsøger, appellat og appellindstævnt:

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

Sagsøgte, appellat og appellindstævnt:

Frontline Digital GmbH

[udelades]

Afsagt den 4.6.2019

[udelades]

[udelades]

OBERLANDESGERICHT DÜSSELDORF

(den regionale appeldomstol i Düsseldorf)

KENDELSE

I sagen

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

sagsøger, appellat og appellindstævnt,

[udelades] mod

Frontline Digital GmbH,

sagsøgte, appellant og appelindstævnt,

[udelades] har 20. civile afdeling ved Oberlandesgericht Düsseldorf efter mundtlig forhandling den 30. april 2019 [udelades][**Org. s. 2**]

a f s a g t f ø l g e n d e k e n d e l s e:

I.

Sagen udsættes.

II.

Oberlandesgericht Düsseldorf forelægger følgende spørgsmål for Den Europæiske Unions Domstol vedrørende fortolkningen af Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2011/83/EU af 25. oktober 2011 om forbrugerrettigheder, om ændring af Rådets direktiv 93/13/EØF og Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 1999/44/EF samt om ophævelse af Rådets direktiv 85/577/EØF og Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 97/7/EF (EUT 2011, L 304, s. 64) (herefter direktivet) til præjudiciel afgørelse:

1. Leveres der digitalt indhold som omhandlet i direktivets artikel 16, litra m), til forbrugeren i forbindelse med aftaler om fjernsalg, når denne indgår en aftale med en erhvervsdrivende om deltagelse på en internetbaseret »kontaktplatform«?
2. Såfremt det første spørgsmål skal besvares bekræftende:

Fører den erhvervsdrivendes påbegyndelse af levering af digitalt indhold til forbrugeren også til, at forbrugers fortrydelsesret bortfalder i henhold til direktivets artikel 16, litra m), såfremt den erhvervsdrivende i strid med direktivets artikel 8, stk. 7, ikke forinden har fremsendt en bekræftelse af aftalens indgåelse med de deri nævnte oplysninger til forbrugeren?

Såfremt forbrugers fortrydelsesret i dette tilfælde stadig består:

Skal forbrugeren forinden gives oplysninger herom i henhold til direktivets artikel 6, stk. 1, litra k)? [**Org. s. 3**]

P r æ m i s s e r:

- 1 Sagsøgeren er paraplyorganisation for alle 16 forbrugercentraler og 25 yderligere forbrugerorienterede og socialt orienterede organisationer i Tyskland. Sagsøgeren er registreret på listen over kvalificerede instanser i henhold til § 4 i Unterlassungsklagengesetz (lov om søgsmål med nedlæggelse af påstand om forbud i sager om overtrædelse af forbrugerrettigheder og andre overtrædelser). Sagsøgeren har af Bundesamt für Justiz (forbundsjustitsministeriet) (Tyskland)

som den bistandsøgte myndighed for Republikken Østrigs Bundeskartellanwalt (forbundsstatens repræsentant i kartelsager) i medfør af Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EF) nr. 2006/2004 af 27. oktober 2004 om samarbejde mellem nationale myndigheder med ansvar for håndhævelse af lovgivning om forbrugerbeskyttelse (EUT 2004, L 364, s. 1) fået til opgave at bringe bestemte overtrædelser inden for Fællesskabet af love om beskyttelse af forbrugerinteresser til ophør.

- 2 Sagsøgte er operatør af »kontaktplatformen« www.parwise.at og har hjemsted i Tyskland. Der er herved tale om en online-partnerformidling, som er rettet mod forbrugere med sædvanligt opholdssted i Republikken Østrig. Operatøren beskriver formålet med sin virksomhed som følger:

Udbyderen leverer digitalt indhold gratis og mod betaling. Kunderne kan først og fremmest kigge på dette indhold og anvende det i form af brugergeneret indhold som f.eks. brugerprofiler, fotos og beskeder. Der formidles ikke kontakt.

Før den gratis tilmelding på webstedet anmodes forbrugeren om at oplyse forskellige personlighedstræk, således at der kan forelægges passende partnerforslag for vedkommende. Det betalingsbelagte »premium-medlemskab« indeholder ubegrænset modtagelse af beskeder, visning af alle fotos og ubegrænset ret til at tage kontakt. Forud for indgåelse af den betalingsbelagte aftale modtager forbrugeren bl.a. følgende oplysninger:

Jeg ønsker udtrykkeligt, at udbyderen straks efter købet uden forsinkelse påbegynder levering af det digitale indhold, inden fortrydelsesfristen udløber. Jeg er bekendt med, at jeg, når jeg giver dette samtykke til levering af det digitale indhold, mister min fortrydelsesret.

- 3 Sagsøgeren anfægter disse oplysninger tillige med andre bestemmelser, som ikke er af interesse for denne sag. Sagsøgeren mener, at sagsøgte ikke på behørig vis oplyser forbrugeren om dennes fortrydelsesret – som i Østrigs ret betegnes som »Rücktrittsrecht« – (i det følgende kun: fortrydelsesret). Aftalen [org. s. 4] vedrører ikke levering af digitalt indhold, men skal kategoriseres som en sædvanlig aftale om tjenesteydelser. Sagsøgte er derimod af den opfattelse, at der er tale om levering af digitalt indhold, og følgelig kan oplysningerne i lyset af direktivets artikel 6, stk. 1, litra k), og artikel 16, litra m), ikke anfægtes.
- 4 Landgericht (den regionale ret i første instans) pålagde i denne henseende i overensstemmelse med påstandene sagsøgte

i forbindelse med erhvervsmæssige handlinger over for forbrugere, som har deres sædvanlige opholdssted i Republikken Østrig,

at give forbrugerne oplysninger om bortfaldet af fortrydelsesretten som anført nedenfor, før de afgiver en erklæring om at indgå aftale, som fører til indgåelse af et betalingspligtigt medlemskab på en kontaktplatform:

»Jeg ønsker udtrykkeligt, at udbyderen straks efter købet uden forsinkelse påbegynder levering af det digitale indhold, inden fortrydelsesfristen udløber. Jeg er bekendt med, at jeg med dette samtykke ved levering af det digitale indhold, mister min fortrydelsesret.«

når aftaleindgåelsen sker som følger.

The screenshot shows the PARWISE.at website interface. At the top, it says 'Wählen Sie ihr gewünschtes Zahlungsmittel' (Choose your desired payment method). Below this, there is a section for 'Ihr Zahlungsmittel SEPA-Bankeinzug' (Your payment method SEPA bank transfer), which is selected with a green checkmark and the SEPA logo. Underneath, there is a section for 'Ihre Zahlungsdaten' (Your payment data) with input fields for 'Vorname' (First name), 'Nachname' (Last name), 'IBAN', and 'BIC'. A note next to the first name field 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 'Kaufen' (Buy) button. Below the form, there is a 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.'

[Org. s. 5] Som begrundelse anførte Landgericht (den regionale ret i første instans), at en sådan erklæring fra forbrugers side kun kan afgives efter indgåelse af aftalen, men ikke før eller samtidig med vedkommendes erklæring om at indgå aftale. Sagsøgte har iværksat appel til prøvelse heraf.

- 5 Republikken Østrig har gennemført direktivet bl.a. i Bundesgesetz über Fernabsatz- und außerhalb von Geschäftsräumen geschlossene Verträge (Fern- und Auswärtsgeschäfte Gesetz - FAGG) (forbundslov om aftaler om fjernsalg og aftaler indgået uden for fast forretningssted (FAGG)). Heri anføres bl.a.:

§ 3

I denne forbundslov betegner udtrykket

[...]

6. »digitalt indhold« data, der er produceret eller leveret i digital form;

§ 4, stk. 1

Inden forbrugeren er bundet af en aftale eller af sin erklæring om at indgå aftale, skal den erhvervsdrivende på klar og forståelig vis orientere om følgende:

8. i tilfælde af en fortrydelsesret betingelser, frister og procedurer for at udøve denne ret, [...]

[...]

11. hvor det er relevant, at fortrydelsesretten ikke finder anvendelse i henhold til § 18, eller om de omstændigheder, under hvilke forbrugeren mister sin fortrydelsesret,

§ 7, stk. 3

Den erhvervsdrivende skal inden for rimelig tid efter aftalens indgåelse, dog senest [...] før leveringen af tjenesteydelsen begynder, give forbrugeren en bekræftelse af den indgåede aftale [...] [...]. Hvor det er relevant, skal bekræftelsen af aftalen også indeholde en bekræftelse af forbrugers samtykke og anerkendelse i henhold til § 18, stk. 1, nr. 11.

§ 18, stk. 1

Forbrugeren har ikke fortrydelsesret ved aftaler om fjernsalg eller aftaler indgået uden for fast forretningssted om **[org. s. 6]**

11. levering af digitalt indhold, som ikke er lagret på et fysisk medium, såfremt den erhvervsdrivende – når der er afgivet udtrykkeligt samtykke ved førtidig påbegyndelse af aftalens opfyldelse, og efter at den erhvervsdrivende har givet forbrugeren en [...] bekræftelse i henhold til [...] § 7, stk. 3 – allerede før udløbet af fortrydelsesfristen [...] har påbegyndt leveringen.

Det første spørgsmål:

- 6 Indledningsvis skal det præciseres, at genstanden for påstanden i appelskriftet, således som den fremgår af dens ordlyd og af drøftelserne i retsmødet ved den forelæggende ret, alene er de hævdede, ukorrekte oplysninger til forbrugeren om dennes fortrydelsesret. Derfor er det uden betydning, at forbrugeren, således som det fremgår af det indsatte screenshot, ved at trykke på den »køb«-knap, som befinder sig umiddelbart under teksten, samtidig meddeler sit samtykke til, at

udførelsen påbegyndes straks, og til den dermed forbundne fortabelse af fortrydelsesretten. Den forelæggende ret skal derfor ikke afgøre, om – hvilket er omtvistet mellem parterne – et sådant samtykke kun kan afgives efter og ikke samtidig med erklæringen om at indgå aftale (hvilket Landgericht antog), og om samtykket er »udtrykkeligt« (hvilket er tvivlsomt, fordi sagsøgte samtykkeerklæring afgives via en standardløsning og ikke kan fravælges af forbrugeren).

- 7 Udfaldet af retssagen afhænger for det første af, om genstanden for aftalen om »kontaktplatformen« (alene) er levering af digitalt indhold eller ej. Såfremt dette spørgsmål skal besvares bekræftende, skal oplysningerne måles ud fra detaljerne i direktivets artikel 8, stk. 1, litra k), (derom det andet spørgsmål). Skal det første spørgsmål besvares benægtende, skal der gives sagsøgeren medhold, allerede fordi sagsøgte så med urette oplyser om fortrydelsesrettens bortfald allerede ved påbegyndelsen af udførelsen af leveringen, medens fortrydelsesretten ifølge direktivets artikel 16, litra a), som i så fald – når ydelsen kvalificeres som tjenesteydelse – finder anvendelse, først kunne bortfalde, når tjenesteydelsen er fuldt udført.
- 8 Retspraksis går ud fra, at en levering af digitalt indhold ikke kun kommer i betragtning ved den erhvervsdrivendes enkeltstående leveringshandlinger, men også når der er tale om et længerevarende stiftet fortløbende gældsforhold, (jf. OLG München ECLI:DE:OLGMUEN:2016:0630.6U732.16.0A [udelades] om en kontrakt vedrørende en internetformidlet adgang til et fjernsynsprogram). Dette begrundes bl.a. med direktivets artikel 14, stk. 4, litra b), [org. s. 7], som udelukker, at forbrugeren skal betale erstatning, også hvis det digitale indhold, der skal leveres, kun leveres delvist.
- 9 Også såfremt man lægger denne opfattelse til grund, hælder den forelæggende ret til at benægte, at denne bestemmelse finder anvendelse i den foreliggende sag. Aftalens genstand begrænser sig ikke til »levering« af digitalt indhold til forbrugeren. Sagsøgte havde tværtimod også mulighed for at blive ved med at tage kontakt til andre medlemmer i aftalens løbetid. Desuden skulle sagsøgte åbne mulighed for indtastning af medlemmets oplysninger og også – inden for rammerne af forretningskonceptet – gøre disse tilgængelige for andre medlemmer, således at tredjemand kunne tage kontakt til kunden. Dermed er forbrugeren ikke blot en modtager af digitalt indhold, som med sine ønsker blot udløser levering heraf, men er selv leverandør af data, som stilles til rådighed for de andre kunder. Sagsøgte forretningskoncept består netop i, at flest mulige forbrugere indtaster deres data og gør andre forbrugere bekendt hermed og via oplysningerne optager kontakt. Den ydelse, sagsøgte skal levere, omfatter dermed efter sin art mere end den blotte levering af digitalt indhold til den efterspørgende forbruger. For at sikre et højt forbrugerbeskyttelsesniveau (direktivets artikel 1) fortolkes undtagelser generelt snævert. Vedrørende undtagelsesbestemmelsen i direktivets artikel 16, litra c), har Bundesgerichtshof (forbundsdomstolen) (ECLI:DE:BGH:2018:300818UVIIZR243.17.0, [udelades]) i en sag, som vedrørte levering og montage af en trappelift i en beboelsejendom, truffet afgørelse om,

at undtagelsesbestemmelsen ikke finder anvendelse, såfremt levering af varen ikke udgør aftalens kerne. Spørgsmålet om, hvorvidt direktivets artikel 16, litra m), kan anvendes, er endnu ikke afklaret og har ikke kun konsekvenser inden for direktivets ramme, men også inden for rammen af Europa-Parlamentet og Rådets direktiv (EU) 2019/770 om visse aspekter af aftaler om levering af digitalt indhold og digitale tjenester (EUT 2019, L 136, s. 1).

Det andet spørgsmål

10 Såfremt aftalen vedrører levering af digitalt indhold, skal det efterprøves, om sagsøgte oplysninger er i overensstemmelse med de bestemmelser, der gælder herfor. I den forbindelse opstår følgende delspørgsmål: **[Org. s. 8]**

- Bortfalder forbrugerens fortrydelsesret under de omstændigheder, som er nævnt i direktivets artikel 16, litra k), i alle tilfælde, eller skal yderligere betingelser herfor være opfyldt [jf. punkt a)]?
- Såfremt yderligere betingelser skal være opfyldt, skal de oplysninger, som den erhvervsdrivende skal give forbrugeren, da indeholde disse betingelser [jf. punkt b)]?

a)

11 Det er ikke afklaret, om fortrydelsesretten i henhold til direktivets artikel 16, litra k) – idet det antages, at der foreligger behørigt samtykke fra forbrugerens side – allerede bortfalder, når den erhvervsdrivende påbegynder udførelsen af leveringen, eller om der er knyttet yderligere betingelser hertil. Det første delspørgsmål vedrører dette. I henhold til direktivets artikel 8, stk. 7, første punktum, skal den erhvervsdrivende fremsende en bekræftelse til forbrugeren senest ved leveringen af varen, eller før leveringen af tjenesteydelsen begynder. I henhold til direktivets artikel 8, stk. 7, andet punktum, litra b), skal bekræftelsen også omfatte »forbrugerens forudgående udtrykkelige samtykke og anerkendelse jf. artikel 16, litra m)«. Det er omtvistet, om forbrugeren også mister sin fortrydelsesret, såfremt en sådan bekræftelse ikke meddeles, før den erhvervsdrivende begynder at levere digitalt indhold. Den østrigske lovgiver har benægtet dette og har udtrykkeligt gjort denne fortabelse af fortrydelsesret afhængig af, at levering påbegyndes »efter at bekræftelsen er givet i henhold til [...] § 7, stk. 3;« [udelades]. I modsætning hertil er den tyske lovgiver gået ud fra, at der for så vidt angår direktivets artikel 8, stk. 7, blot er tale om en forpligtelse til dokumentation, mens det også uden forudgående fremsendelse af denne bekræftelse kan forekomme, at fortrydelsesretten bortfalder (Bundestagsdrucksache 17/12637, s. 55/56, s. 64; [udelades]). Mangler der en sådan bekræftelse, medfører det alene, at den erhvervsdrivende får bevismæssige problemer.

12 Ordlyden af direktivets artikel 16, litra m), indeholder ikke et sådant krav. Det er alene et spørgsmål, om dette kan konkluderes ud fra den bredere sammenhæng

med direktivets artikel [org. s. 9] 8, stk. 7. Den nationale lovgiver har i den henseende ingen lovgivningsfrihed, jf. direktivets artikel 4. Der henvises også til, at der i modsat fald ikke ville være noget anvendelsesområde for artikel 14, stk. 4, litra b), punkt iii), (dette er Bundestagsdrucksache 17/12637, s. 64, helt enig i, men drager dog heraf den slutning, at en gennemførelse af bestemmelsen i national ret er overflødig).

b)

- 13 Hvis det lægges til grund, at forbrugers fortrydelsesret kun bortfalder, såfremt den erhvervsdrivende også har fremsendt bekræftelsen i henhold til direktivets artikel 8, stk. 7, før påbegyndelse af levering af digitalt indhold, opstår det andet delspørgsmål, om den erhvervsdrivende også skal oplyse om denne betingelse (hvilket ikke er sket her). I henhold til direktivets artikel 6, stk. 1, litra k), skal den erhvervsdrivende, såfremt forbrugers fortrydelsesret ikke finder anvendelse i henhold til artikel 16, også give forbrugeren oplysninger om de omstændigheder, under hvilke forbrugeren mister sin fortrydelsesret.
- 14 Ordlyden af artikel 6, stk. 1, litra k), er ikke helt entydig. På den ene side kan den forstås således, at forbrugeren kun skal gives oplysninger om de omstændigheder, der er nævnt i artikel 16. Dertil hører i så fald ikke det krav om forudgående fremsendelse af aftalebekræftelsen, som fremgår af direktivets artikel 8, stk. 7. På den anden side kan bestemmelsen også forstås således, at forbrugeren i de tilfælde i artikel 16, i hvilke bortfald af fortrydelsesretten kommer i betragtning, skal oplyses om de omstændigheder, der fører til bortfald, og at dette skal ske i fuldt omfang, altså også om kravet om forudgående fremsendelse af en aftalebekræftelse.
- 15 Formålet om at skabe et højt forbrugerbeskyttelsesniveau (direktivets artikel 1) taler for en omfattende oplysningspligt. Gives der utilstrækkelig oplysninger, kan forbrugeren afholdes fra at udøve sin fortrydelsesret i de tilfælde, hvor denne dog stadig har en sådan ret.
- 16 Heroverfor kunne det muligvis indvendes, at en forpligtelse til også at vejlede om kravet til en forudgående fremsendelse af en aftalebekræftelse i henhold til direktivets artikel 8, stk. 7, stiller for høje krav til den erhvervsdrivende, fordi [org. s. 10] dette krav først fremgår af en fortolkning af en tekst ud fra den bredere sammenhæng, som desuden er omtvistet. I tysk retspraksis om fortrydelsesvejledningen antages det til dels, at den erhvervsdrivende ved formuleringen af vejledningen kan hente inspiration i lovens ordlyd, og at dette også kan ske, når denne er uklar eller set i sammenhæng med andre bestemmelser er upræcis (jf. f.eks. Bundesgerichtshof ECLI:DE:BGH:2017:16057UXIZR586.15.0, præmis 23 [udelades]).

[Underskrifter]

[udelades]