



# Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT  
E. SHARPSTON  
fremsat den 12. marts 2020<sup>1</sup>

**Sag C-639/18**

**KH  
mod  
Sparkasse Südholstein**

(anmodning om præjudiciel afgørelse indgivet af Landgericht Kiel (den regionale ret i første instans i Kiel, Tyskland))

»Direktiv 2002/65/EF – forbrugerbeskyttelse – finansielle tjenesteydelser – fjernsalg – forbrugerkreditaftale – efterfølgende aftale om forrentning – system til fjernlevering af tjenesteydelser«

1. Denne anmodning om præjudiciel afgørelse fra Landgericht Kiel (den regionale ret i første instans i Kiel, Tyskland) kræver, at Domstolen for første gang fortolker artikel 2, litra a), i direktiv 2002/65<sup>2</sup> og begrebet »fjernsalgsaftale«. Er en efterfølgende aftale om forrentning, som ændrer en låneaftale alene med hensyn til rentesatsen, i denne forbindelse en »aftale«, som er omfattet af bestemmelserne i direktiv 2002/65? På grundlag af hvilke kriterier kan det afgøres, om en aftale, der er indgået uden leverandørens og forbrugerens samtidige fysiske tilstedeværelse, er en »fjernsalgsaftale« som omhandlet i samme direktivs artikel 2, litra a)?

## **EU-retten**

### ***TEUF***

2. Ifølge artikel 12 TEUF skal »[f]orbrugerbeskyttelseshensyn inddrages ved udformningen og gennemførelsen af andre af Unionens politikker og aktiviteter«.

### ***Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder***

3. Artikel 38 i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder (herefter »chartret«)<sup>3</sup> fastsætter, at der »sikres et højt forbrugerbeskyttelsesniveau« i Unionens politikker.

1 – Originalsprog: engelsk.

2 – Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2002/65/EF af 23.9.2002 om fjernsalg af finansielle tjenesteydelser til forbrugerne og om ændring af Rådets direktiv 90/619/EØF samt direktiv 97/7/EF og 98/27/EF (EFT 2002, L 271, s. 16). Visse af dette direktivs bestemmelser er blevet ændret siden vedtagelsen (den seneste konsoliderede version er fra 2018), men de bestemmelser, som er relevante i den foreliggende sag, er ikke blevet ændret.

3 – EUT 2007, C 303, s. 1.

### *Direktiv 97/7*

4. Direktiv 97/7 om forbrugerbeskyttelse i forbindelse med aftaler vedrørende fjernsalg var den første foranstaltning om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes love og administrative bestemmelser om aftaler vedrørende fjernsalg generelt mellem en forbruger og en leverandør<sup>4</sup>.

5. I artikel 2, nr. 1), defineres en »aftale vedrørende fjernsalg« som »enhver aftale mellem en leverandør og en forbruger vedrørende varer eller tjenesteydelser, der er indgået som led i et system for varesalg eller levering af tjenesteydelser organiseret af leverandøren, som for den pågældende aftales vedkommende udelukkende anvender en eller flere former for fjernkommunikationsteknik frem til og inklusive selve indgåelsen af aftalen«.

6. Den oprindelige version af artikel 3, stk. 1, første led, blev erstattet af artikel 18 i direktiv 2002/65, så det udtrykkeligt fremgår, at aftaler vedrørende finansielle tjenesteydelser, som direktiv 2002/65 finder anvendelse på, er udelukket fra anvendelsesområdet for direktiv 97/7.

### *Direktiv 2002/65*

7. Følgende erklæringer fremgår af betragtningerne til direktiv 2002/65. »I forbindelse med det indre marked er det i forbrugernes interesse at have lige adgang til det størst mulige antal finansielle tjenesteydelser [...] Valgfrihed er en væsentlig rettighed for forbrugerne, og for at sikre valgfriheden er det påkrævet med et højt forbrugerbeskyttelsesniveau for at sikre øget tillid blandt forbrugerne til fjernsalg«<sup>5</sup>. »Der bør i nærværende direktiv fastsættes et højt forbrugerbeskyttelsesniveau med henblik på at sikre den fri bevægelighed for finansielle tjenesteydelser«<sup>6</sup>. »Dette direktiv omfatter alle finansielle tjenesteydelser, som kan være genstand for fjernsalg«<sup>7</sup>. »Aftaler, der indgås med henblik på fjernsalg, kræver anvendelse af en eller flere fjernkommunikationsteknikker, der anvendes som led i et system til levering af varer eller tjenesteydelser ved fjernsalg uden leverandørens og forbrugerens samtidige tilstedeværelse. Den konstante udvikling af disse teknikker gør det nødvendigt at fastsætte de principper, der skal gælde på dette område, selv for de teknikker, som endnu kun anvendes i begrænset omfang. Aftaler om fjernsalg er således aftaler, der udbydes, forhandles og indgås på afstand«<sup>8</sup>. »En enkelt aftale, der indebærer flere på hinanden følgende transaktioner eller en række enkeltoperationer af samme karakter over en vis periode, kan give anledning til forskellige juridiske formuleringer afhængigt af lovgivningen i de enkelte medlemsstater. Direktivet bør imidlertid anvendes i samtlige medlemsstater på samme måde. Direktivet bør således anvendes på den første af flere på hinanden følgende operationer eller den første af en række enkeltoperationer af samme karakter over en vis periode, der kan betragtes som udgørende et hele, hvad enten operationen eller rækken af operationer er omfattet af en enkelt aftale eller flere på hinanden følgende særskilte aftaler«<sup>9</sup>. »Ved »en første aftale om tjenesteydelser« forstås f.eks. oprettelse af en bankkonto, erhvervelse af et kreditkort, indgåelse af en aftale om porteføljeforvaltning. Ved »operationer« forstås indsættelse af penge på eller hævnning af penge fra kontoen, betalinger ved hjælp af kreditkort, transaktioner inden for rammerne af aftaler om porteføljeforvaltning. Tilføjelse af nye elementer til en første aftale om tjenesteydelser som f.eks. muligheden for at bruge et elektronisk betalingsmiddel i forbindelse med bankkontoen udgør ikke »en operation«, men en supplerende aftale, som direktivet finder anvendelse på. Tegning af nye andele i samme kollektive investeringsforening betragtes som en operation af »successive operationer af samme

4 – Jf. artikel 1 i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 97/7/EF af 20.5.1997 (EFT 1997, L 144, s. 19). Dette direktiv blev ophævet og erstattet af Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2011/83/EU af 25.10.2011 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).

5 – Tredje betragtning.

6 – 13. betragtning.

7 – 14. betragtning.

8 – 15. betragtning.

9 – 16. betragtning.

karakter«<sup>10</sup>. »Direktivet tager sigte på systemer til fjernsalg af tjenesteydelser organiseret af leverandøren af finansielle tjenesteydelser og omfatter således ikke tjenesteydelser, der præsteres helt lejlighedsvis og uden for rammerne af en forretningsstruktur, der har til formål at indgå aftaler om fjernsalg«<sup>11</sup>. »Anvendelsen af fjernkommunikationsteknikker må ikke uberettiget begrænse den information, der gives forbrugeren. For at sikre gennemsigtighed fastsættes der i dette direktiv minimumskrav, der skal sikre, at forbrugerne får den rette information både før og efter aftalens indgåelse«<sup>12</sup>. »Med henblik på den bedst mulige beskyttelse af forbrugeren er det vigtigt, at denne informeres tilstrækkeligt om dette direktivs bestemmelser og om eventuelle adfærdskodekser på dette område, og der bør gælde en fortrydelsesret for forbrugeren«<sup>13</sup>.

8. Artikel 1 bestemmer:

»1. Formålet med dette direktiv er en indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes love og administrative bestemmelser om fjernsalg af finansielle tjenesteydelser til forbrugerne.

2. Med hensyn til aftaler om finansielle tjenesteydelser, der omfatter en første aftale om tjenesteydelser efterfulgt af successive operationer eller en række enkeltoperationer af samme karakter over en vis periode, finder dette direktiv kun anvendelse i forbindelse med den første aftale.

Hvis der ikke foreligger en første aftale om tjenesteydelser, men de successive operationer eller enkeltoperationerne af samme karakter over en vis periode gennemføres mellem samme kontrahenter, finder artikel 3 og 4 kun anvendelse, når den første operation gennemføres. Hvis der imidlertid ikke gennemføres nogen operation af samme karakter inden for mere end et år, anses gennemførelsen af den næste operation for at være den første i en ny række af operationer, og artikel 3 og 4 finder derfor anvendelse.«

9. I artikel 2, litra a), defineres »fjernsalgsaftale« som »enhver aftale om finansielle tjenesteydelser mellem en leverandør og en forbruger, der er indgået under anvendelse af et system til fjernsalg eller fjernlevering af tjenesteydelser drevet af leverandøren, som for den pågældende aftales vedkommende udelukkende anvender en eller flere former for fjernkommunikationsteknik frem til og i forbindelse med selve indgåelsen af aftalen«.

10. I artikel 2, litra b), defineres »finansiel tjenesteydelse« som »enhver tjeneste, der har karakter af bank-, kredit-, forsikrings-, individuel pensions-, investerings- eller betalingstjenesteydelse«.

11. I artikel 2, litra e), defineres »fjernkommunikationsteknik« som »ethvert middel, som uden leverandørens og forbrugersens samtidige fysiske tilstedeværelse kan anvendes til en fjernsalgsaftale om en tjenesteydelse mellem disse kontrahenter«.

12. Artikel 3 bestemmer:

»1. Forbrugeren skal, i god tid inden han forpligtes af en fjernsalgsaftale eller et tilbud, have følgende oplysninger om:

[...]

3) fjernsalgsaftalen

10 – 17. betragtning.

11 – 18. betragtning.

12 – 21. betragtning.

13 – 23. betragtning.

- a) hvorvidt der er fortrydelsesret i overensstemmelse med artikel 6, og, hvis dette er tilfældet, dens varighed samt betingelserne for at gøre den gældende, herunder oplysninger om det beløb, som forbrugeren kan afkræves på grundlag af artikel 7, stk. 1, og om konsekvenserne af ikke at udøve denne ret

[...]

2. De i stk. 1 nævnte oplysninger, hvis kommercielle formål skal fremgå klart, skal gives på en klar og forståelig måde under anvendelse af midler, der er tilpasset den anvendte fjernkommunikationsteknik, idet der navnlig skal tages hensyn til principperne om god tro i forretningstransaktioner og principperne om beskyttelse af personer, der i henhold til medlemsstaternes nationale lovgivning ikke kan indgå retshandler, f.eks. mindreårige.

[...]«

13. Artikel 6 bestemmer:

»1. Medlemsstaterne påser, at forbrugeren har en frist på 14 kalenderdage til at fortryde aftalen uden at skulle betale bod og uden at skulle angive sine grunde. [...]

Den periode, hvor denne fortrydelsesret kan udøves, løber fra

- den dag, hvor fjernsalgsaftalen er indgået, undtagen i aftaler vedrørende livsforsikring, hvorefter perioden løber fra det tidspunkt, hvor forbrugeren får meddelelse om, at aftalen er indgået, eller
- den dag, hvor forbrugeren modtager aftalevilkårene og oplysningerne i henhold til artikel 5, stk. 1 eller 2, hvis dette tidspunkt er senere end det i første led nævnte.

[...]

2. Fortrydelsesretten finder ikke anvendelse på

[...]

- c) aftaler, som efter forbrugerens udtrykkelige ønske er blevet helt opfyldt af begge parter, inden forbrugeren udøver sin fortrydelsesret.

3. Medlemsstaterne kan fastsætte, at fortrydelsesretten ikke finder anvendelse på:

- a) en kredit, som primært skal muliggøre erhvervelse eller bevarelse af ejendomsretten til en grund eller en opført eller projekteret bygning eller muliggøre renovering eller forbedring af en bygning, eller
- b) en kredit, som er sikret ved pant i fast ejendom eller en rettighed relateret til fast ejendom [...]

6. Hvis forbrugeren udøver sin fortrydelsesret, skal han inden den relevante frists udløb meddele leverandøren dette efter de anvisninger, han har modtaget i medfør af artikel 3, stk. 1, nr. 3), litra d), på en måde, som har beviskraft i henhold til national lov. Fristen anses for overholdt, hvis meddelelsen, når den foreligger på papir eller et andet varigt medium, som modtageren har adgang til, er afsendt inden fristens udløb.«

14. Artikel 11 bestemmer:

»Medlemsstaterne fastsætter passende sanktioner i tilfælde af, at leverandøren ikke overholder de nationale bestemmelser, som er vedtaget i medfør af dette direktiv.

Medlemsstaterne kan med henblik herpå navnlig foreskrive, at forbrugeren til enhver tid og uden udgift eller betaling af bod kan opsige aftalen.

Disse sanktioner skal være effektive, forholdsmæssige og afskrækkende.«

15. Artikel 18 erstatter artikel 3, stk. 1, første led, i direktiv 97/7 og fastsætter, at sidstnævnte direktiv ikke finder anvendelse på aftaler »der vedrører en finansiel tjenesteydelse, som er omfattet af [...] direktiv 2002/65[...]«.

### National ret

16. § 312b, stk. 1, i Bürgerliches Gesetzbuch (borgerlig lovbog, herefter »BGB«), i den affattelse, der var gældende i perioden fra den 8. december 2004 til den 22. februar 2011, fastsætter, at »[f]jernsalgsaftaler er enhver aftale om levering af varer eller udførelse af tjenesteydelser, herunder finansielle tjenesteydelser mellem en leverandør og en forbruger, der er indgået udelukkende under anvendelse af fjernkommunikationsteknik, og som indgås som led i et system til fjernsalg eller fjernlevering af tjenesteydelser. Finansielle tjenesteydelser som omhandlet i første punktum er banktjenesteydelser samt tjenester i forbindelse med kreditydelse, forsikring, individuel pension, investering eller betaling«.

17. BGB's § 312d, stk. 1 og 2, i den affattelse, der var gældende i perioden fra den 8. december 2004 til den 10. juni 2010, har følgende ordlyd:

»1) Ved aftale vedrørende fjernsalg har forbrugeren fortrydelsesret i henhold til § 355. [...]

2) Som en undtagelse fra § 355, stk. 2, første punktum, begynder den periode, hvori fortrydelsesretten kan udøves, ikke at løbe, før oplysningspligten i henhold til § 312c, stk. 2, er opfyldt [...] ved tjenesteydelser ikke før den dato, hvor aftalen indgås.«

18. BGB's § 312d, stk. 1 og 2, i den affattelse, der var gældende i perioden fra den 11. juni 2010 til den 3. august 2011, fastsætter:

»1) Ved aftale vedrørende fjernsalg har forbrugeren fortrydelsesret i henhold til § 355. [...]

2) Som en undtagelse fra § 355, stk. 3, første punktum, begynder den periode, hvori fortrydelsesretten kan udøves, ikke at løbe, før oplysningspligten i henhold til artikel 246, § 2, sammenholdt med § 1, stk. 1 og 2, i Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch [(ikrafttrædelseslov vedrørende Bürgerliches Gesetzbuch)] er opfyldt. [...]«

19. BGB's § 495, i den affattelse, der var gældende i perioden fra den 1. august 2002 til den 12. juni 2014, fastsætter, at »låneren i tilfælde, hvor en låneaftale indgås af en forbruger, har fortrydelsesret i henhold til § 355«.

## Faktiske omstændigheder, retsforhandlingerne og de præjudicielle spørgsmål

20. Sparkasse Südholstein er en regionalbank med filialer. Den indgår låneaftaler til finansiering af og med sikkerhed i fast ejendom: Dette sker alene inden for dens filialer. I enkelte tilfælde foretages der i forbindelse med løbende forretningsrelationer tilføjelser til eller ændringer af sådanne aftaler ved hjælp af fjernkommunikation. Det er uomtvistet, at Sparkasse Südholstein i begyndelsen af 2008 allerede havde indgået en række aftaler udelukkende ved hjælp af fjernkommunikationsteknikker.

21. Sagen for den nationale ret vedrører tre låneaftaler, som KH indgik som forbruger med Sparkasse Südholstein:

- Den 1. juli 1994 indgik KH en låneaftale på 114 000 tyske mark (DEM) (ca. 58 000 EUR, herefter »det første lån«) med Sparkasse Südholsteins forgænger for at finansiere købet af en fast ejendom. Dette lån skulle tilbagebetales den 30. december 2017. Lånet var forrentet med en fast rentesats på 6,95% p.a. for en oprindelig periode på ti år. Tidligst seks uger før den 30. maj 2004 kunne hver part forlange forhandlinger for at justere rentesatsen med virkning fra den 1. juni 2004. I mangel af en aftale ville »foranderlige vilkår« som fastsat af Sparkasse Südholstein for lån af denne type (dvs. variabel rentesats) gælde fra den 1. juni 2004. Der blev endvidere indgået aftale om at sikre lånet ved pant i fast ejendom.

Den 25. maj 2004 aftalte parterne ved en ændringsaftale en forretning med 5,03% p.a. fra den 1. juni 2004 for en yderligere periode på ti år.

I oktober 2010<sup>14</sup> indgik parterne udelukkende under anvendelse af fjernkommunikationsteknikker endnu en aftale om forrentning, hvorefter lånet fra den 1. juni 2014 og i den resterende løbetid skulle forrentes med 4,01%. KH blev ikke oplyst om en fortrydelsesret.

KH betalte i henhold til denne aftale 8 180,76 EUR til Sparkasse Südholstein i perioden fra juni 2014 til november 2017. KH betalte lånet ud den 29. december 2017 ved at indbetale 58 287,27 EUR.

- Den 17. juli 1994 indgik KH yderligere en låneaftale på 112 000 DEM (ca. 57 000 EUR, herefter »det andet lån«) med Sparkasse Südholsteins forgænger til finansiering af fast ejendom. Lånet var forrentet med en fast rentesats på 5,7% p.a. for en oprindelig periode på fem år. Tidligst seks uger før den 30. maj 1999 kunne hver part forlange forhandlinger for at justere rentesatsen med virkning fra den 1. juni 1999. I mangel af en aftale ville »foranderlige vilkår« som fastsat af Sparkasse Südholstein for lån af denne type (dvs. variabel rentesats) gælde fra den 1. juni 1999. Der blev endvidere indgået aftale om at sikre lånet ved pant i fast ejendom.

I 1999 aftalte parterne ved en ændringsaftale med virkning fra den 1. juni 1999 en forrentning med 4,89% p.a. for en periode på ti år.

Den 15. april 2009 indgik parterne udelukkende under anvendelse af fjernkommunikationsteknikker aftale om en forrentning med 5,16% fra den 1. juni 2009 i den resterende løbetid. KH blev ikke oplyst om en fortrydelsesret.

KH betalte i henhold til denne aftale 18 243,75 EUR til Sparkasse Südholstein i perioden fra juni 2009 til februar 2018. Desuden betalte KH til Sparkasse Südholstein 12 EUR i kontoføringsgebyr den 30. november 2009.

14 – Denne dato er baseret på de oplysninger, som den forelæggende ret har forelagt. Det skal her anføres, at det forekommer mig at være tidligere end de ti år, som er fastsat i ændringsaftalen af 25.5.2004.

- Den 4. november 1999 ydede Sparkasse Südholsteins forgænger KH et lån på 30 000 DEM (ca. 15 000 EUR, herefter »det tredje lån«). I henhold til kontrakten skulle lånet anvendes til en »virksomhedsdeltagelse«, men det blev aftalt, at det i realiteten ville blive anvendt som et privatlån. Lånet var forrentet med en fast rentesats på 6,6% p.a. for en oprindelig periode på ti år. Tidligst seks uger før den 30. november 2008 kunne hver part forlange forhandlinger for at justere rentesatsen med virkning fra den 1. december 2008. I mangel af en aftale ville »foranderlige vilkår« som fastsat af Sparkasse Südholstein for lån af denne type (dvs. variabel rentesats) gælde fra den 1. december 2008. Der blev endvidere indgået aftale om at sikre lånet ved pant i fast ejendom.

Ultimo 2008 indgik parterne udelukkende under anvendelse af fjernkommunikationsteknikker en tillægsaftale om forrentning, hvorefter lånet fra den 1. december 2008 og i en periode på ti år skulle forrentes med 4,87% p.a. Sparkasse Südholstein oplyste ikke KH om en fortrydelsesret.

I perioden mellem december 2008 og februar 2018 betalte KH i alt 8 328,33 EUR til Sparkasse Südholstein i henhold til denne aftale.

22. Den 2. september 2015 fortrød KH de tre efterfølgende renteaftaler, som blev indgået i 2008, 2009 og 2010. Dette gjorde han med den begrundelse, at disse renteaftaler blev indgået ved fjernsalg, og at Sparkasse Südholstein drev et organiseret system til fjernsalg. KH gjorde derfor gældende, at han havde fortrydelsesret i henhold til BGB's § 495, stk. 1 (i den affattelse, som var gældende på tidspunktet for de faktiske omstændigheder) eller, subsidiært, i henhold til BGB's § 312d, stk. 1, første punktum (i den affattelse, som var gældende på tidspunktet for de faktiske omstændigheder).

23. KH anlagde herefter nærværende sag ved Landgericht Kiel (den regionale ret i første instans i Kiel, Tyskland, herefter »den forelæggende ret«) med påstand om tilbagebetaling af renter og afdrag, som er betalt efter indgåelsen af de fortrudte ændringsaftaler, tilbagebetaling af det betalte kontoføringsgebyr samt erstatning for sagsøgtes anvendelser heraf.

24. Nærmere bestemt har KH nedlagt påstand om, at den forelæggende ret: 1) tilpligter Sparkasse Südholstein at betale ham 37 285,38 EUR med tillæg af rente, 2) fastslår, at der som følge af hans fortrydelse af 2. september 2015 ikke længere består en aftale om en fast rentesats med hensyn til det andet og det tredje lån, 3) fastslår, at han som følge af hans fortrydelse af 2. september 2015 ikke længere er forpligtet til at betale månedlige afdrag på det andet og det tredje lån, og 4) fastslår, at Sparkasse Südholstein er forpligtet til at tilbagebetale ham samtlige betalinger, som er foretaget i perioden mellem dagen efter retsmødet og dommens retskraft, på det andet og det tredje lån med tillæg af rente, fra tidspunktet for hans oprindelige indbetalinger til lånekontoen.

25. Sparkasse Südholstein har gjort gældende, at KH ikke havde nogen fortrydelsesret, og har nedlagt påstand om frifindelse.

26. Den forelæggende ret har anført, at fortrydelsesrettens beståen afhænger af, hvordan artikel 2, litra a), i direktiv 2002/65 skal fortolkes. For at fortrydelsesretten i BGB's § 312b, stk. 1, og §312d, stk. 1 og 2, der gennemfører direktiv 2002/65, kan finde anvendelse på de foreliggende sager, vil de omhandlede transaktioner skulle være omfattet af begrebet aftale, »som indgås som led i et system til fjernsalg eller fjernlevering af tjenesteydelser« (BGB's § 312b, stk. 1), sammenholdt med dette direktiv. Dette begreb har været genstand for divergerende fortolkning i national retspraksis og i retslitteraturen. I begrundelsen til det nationale lovforslag fremgår det, at forretninger, som indgås under lejlighedsvis og mere tilfældig anvendelse af fjernkommunikationsteknikker, skal være udelukket fra bestemmelseernes anvendelsesområde. Imidlertid har Sparkasse Südholstein (personale- og ressourcemæssige) forudsætninger for på regelmæssig basis at gennemføre ændrings- og tillægsaftaler med eksisterende kunder ved fjernsalg.

27. Endvidere skal begrebet »aftale om udførelse af tjenesteydelser, herunder finansielle tjenesteydelser« (BGB's § 312b, stk. 1) også fortolkes i overensstemmelse med direktiv 2002/65. Oberlandesgericht Frankfurt (den regionale ret i første instans i Frankfurt, Tyskland) har tidligere fastslået, at »ændring af vilkår for en allerede ydet kredit udgør ikke en (ny, selvstændig) tjenesteydelse fra bankens side. Denne ligger derimod i den oprindelige ydelse af kreditten. Det er altid en forudsætning for, at der er tale om en fjernsalgsaftale, at den erhvervsdrivende leverer en vare eller en tjenesteydelse, og det er således ikke tilstrækkeligt, at en forbruger i henhold til den indgåede aftale kun skylder en ydelse, som er karakteristisk for aftalen«. Det er imidlertid den forelæggende rets opfattelse, at aftaler, som ændrer lånevilkårene, er omfattet af anvendelsesområdet for direktiv 2002/65.

28. Den forelæggende ret ønsker på denne baggrund en præjudiciel afgørelse af følgende spørgsmål:

- »1) Indgås der som omhandlet i artikel 2, litra a), i direktiv 2002/65/EF en aftale »under anvendelse af et system til fjernsalg eller fjernlevering af tjenesteydelser drevet af leverandøren«, hvormed en eksisterende låneaftale ændres udelukkende for så vidt angår den aftalte forrentnings størrelse (tillægsaftale om forrentning), når en filialbank kun indgår låneaftaler om finansiering af fast ejendom med sikkerhed i ejendommen i sine forretningslokaler, men i de løbende forretningsrelationer til dels også indgår aftaler om ændringer af allerede indgåede låneaftaler udelukkende under anvendelse af fjernkommunikationsmidler?
- 2) Foreligger der en »aftale om finansielle tjenesteydelser« som omhandlet i artikel 2, litra a), i direktiv 2002/65/EF, når en eksisterende låneaftale udelukkende ændres for så vidt angår den aftalte forrentning (tillægsaftale om forrentning), uden at lånets løbetid forlænges eller dets størrelse ændres?«

29. Der er indgivet skriftlige indlæg af KH, Sparkasse Südholstein, den tyske regering og Europa-Kommissionen. I retsmødet den 4. september 2019 afgav disse parter mundtlige indlæg.

## **Bedømmelse**

### ***Formaliteten***

30. Sparkasse Südholstein har gjort gældende, at det første præjudicielle spørgsmål skal afvises, fordi det ikke vedrører fortolkningen af EU-retten, som er tilstrækkelig klar, men dens anvendelse på den foreliggende sags faktiske omstændigheder. Banken har endvidere gjort gældende, at den korrekte anvendelse af de EU-retlige bestemmelser, som er omfattet af den foreliggende sags to præjudicielle spørgsmål, er indlysende. Endvidere er de faktiske omstændigheder, således som de er præsenteret af den forelæggende ret, ikke tilstrækkelige til, at Domstolen kan besvare det første præjudicielle spørgsmål.

31. Domstolen har ikke inden for rammerne af artikel 267 TEUF kompetence til at træffe afgørelse om anvendelse af EU-retlige bestemmelser i en konkret sag<sup>15</sup>. Proceduren for præjudicielle forelæggelser i artikel 267 TEUF angiver rammerne for »et snævert samarbejde mellem de nationale retter og Domstolen, baseret på en indbyrdes fordeling af opgaverne, og udgør et instrument, ved hjælp af hvilket Domstolen forsyner de nationale retter med de fortolkningselementer med hensyn til EU-retten, som er nødvendige for, at de kan afgøre de for dem verserende retssager«. »Et af de

15 – Dom af 18.12.1986, VAG France (10/86, EU:C:1986:502, præmis 7).



væsentligste kendetegn ved det retslige samarbejde, der er indført ved artikel 234 EF, er, at Domstolen besvarer et spørgsmål om fortolkning af EU-retten, som er forelagt for den, i mere abstrakte og almenyldige vendinger, hvorimod det tilkommer den forelæggende ret at træffe afgørelse i den for denne ret indbragte sag under hensyntagen til Domstolens besvarelse<sup>16</sup>.

32. Ifølge fast retspraksis foreligger der en formodning for, at de spørgsmål om en fortolkning af EU-retten, som den nationale ret har stillet på det retlige og faktiske grundlag, som den har fastlagt inden for sit ansvarsområde, og hvis rigtighed det ikke tilkommer Domstolen at efterprøve, er relevante. Domstolen kan kun afvise at træffe afgørelse om en anmodning fra en national ret, såfremt det klart fremgår, at den ønskede fortolkning af EU-retten savner enhver forbindelse med realiteten i hovedsagen eller dennes genstand, når problemet er af hypotetisk karakter, eller når Domstolen ikke råder over de faktiske og retlige oplysninger, der er nødvendige for, at den kan foretage en saglig korrekt besvarelse af de forelagte spørgsmål<sup>17</sup>.

33. Det fremgår af forelæggelsesafgørelsen, at den forelæggende ret søger vejledning fra Domstolen om fortolkningen af artikel 2, litra a), i direktiv 2002/65. Den forelæggende ret har forklaret, at denne vejledning er nødvendig for anvendelsen af national ret, som fortolket i lyset af direktivet, på hovedsagen. Jeg skal tilføje, at jeg – i modsætning til Sparkasse Südholsteins synspunkt – ikke mener, at svaret på den forelæggende rets præjudicielle spørgsmål er »indlysende«, endsige at det ikke er nødvendigt for Domstolen at bistå den nationale ret ved at fortolke de relevante EU-retlige bestemmelser.

34. For så vidt angår synspunktet om de påståede mangler i sagens faktuelle fremstilling er det fast retspraksis, at Domstolen kan afvise en anmodning om præjudiciel afgørelse fra en national ret, når Domstolen ikke råder over de faktiske og retlige oplysninger, som er nødvendige for, at den kan foretage en sagligt korrekt besvarelse af de stillede spørgsmål<sup>18</sup>. Det forekommer mig imidlertid, at forelæggelsesafgørelsen i tilstrækkelig grad præsenterer de faktiske omstændigheder, som de præjudicielle spørgsmål er baseret på, og giver Domstolen mulighed for at foretage en sagligt korrekt besvarelse af de disse spørgsmål.

35. Jeg konkluderer derfor, at de forelagte spørgsmål kan antages til realitetsbehandling.

### ***De præjudicielle spørgsmål***

#### *Indledende bemærkninger*

36. Direktiv 2002/65 er en del af et samlet program, der er indført af EU-lovgiver til opnåelsen af et integreret marked for finansielle instrumenter og deres fjernsalg. Det supplerer navnlig direktiv 97/7 om forbrugerbeskyttelse i forbindelse med aftaler vedrørende fjernsalg, hvor der er tale om ydelsen af finansielle tjenesteydelser.

37. Begrebet »finansielle tjenesteydelser« var ikke defineret i direktiv 97/7<sup>19</sup>. Det er imidlertid defineret i artikel 2, litra b), i direktiv 2002/65 som enhver tjeneste »der har karakter af bank-, kredit-, forsikrings-, individuel pensions-, investerings- eller betalingstjenesteydelse«.

16 – Dom af 4.2.2010, Genc (C-14/09, EU:C:2010:57, præmis 30 og 31).

17 – Dom af 19.12.2019, Junqueras Vies (C-502/19, EU:C:2019:1115, præmis 55 og den deri nævnte retspraksis).

18 – Dom af 16.2.2012, Varzim Sol (C-25/11, EU:C:2012:94, præmis 29).

19 – Bilag II til direktiv 97/7, som blev ophævet ved artikel 18 i direktiv 2002/65, indeholdt en ikke-udtømmende liste over finansielle tjenesteydelser: investeringservice, forsikrings- og genforsikringstransaktioner, bankforretninger, transaktioner vedrørende pensionsfonde og tjenesteydelser vedrørende termins- og optionsforretninger.

38. Denne definition er bredt formuleret og omfatter en bred vifte af produkter<sup>20</sup>. Det fremgår af begrundelsen til det ændrede forslag, at dette var EU-lovgivers hensigt: Det fremgår af forslaget, at »[d]efinitionen af finansielle tjenesteydelser er forenklet i forhold til det oprindelig forslag; enhver henvisning til gældende direktiver fjernes for dels at sikre, at enhver finansiell tjenesteydelse, som kan formodes at blive tilbudt forbrugerne, er omfattet, dels at undgå, at mangler videreføres, hvilket den tidligere valgte definition medførte«<sup>21</sup>. Det fremgår endvidere af selve ordlyden af artikel 2, litra b), i direktiv 2002/65, at tjenester vedrørende »kredit«, såsom et lån, er finansielle tjenesteydelser<sup>22</sup>. Af samme grund er sådanne tjenester udelukket fra anvendelsesområdet for direktiv 97/7. Det følger heraf, at KH tager fejl, når han hævder, at direktiv 97/7 kan finde anvendelse på nærværende sag.

39. Jeg vil nu vende mig mod de forelagte spørgsmål. Efter min opfattelse er det mere logisk at behandle dem i omvendt rækkefølge.

#### *Det andet spørgsmål*

40. Med det andet spørgsmål ønsker den forelæggende ret oplyst, om begrebet »aftale om finansielle tjenesteydelser« som omhandlet i artikel 2, litra a), i direktiv 2002/65 omfatter en aftale, der ændrer en eksisterende låneaftale for så vidt angår forrentning, uden at lånets løbetid forlænges eller dets størrelse ændres.

41. Som den forelæggende ret har forklaret i forelæggelsesafgørelsen, opstår dette spørgsmål nærmere bestemt, fordi artikel 1, stk. 2, i direktiv 2002/65 fastsætter, at når en aftale om finansielle tjenesteydelser omfatter en første aftale om tjenesteydelser efterfulgt af successive operationer eller en række enkeltoperationer af samme karakter over en vis periode, finder direktivets bestemmelser kun anvendelse i forbindelse med den første aftale.

42. Udløser indgåelsen af en efterfølgende aftale om forrentning de forpligtelser, som er fastsat i direktiv [2002]/65, for leverandøren (kreditgiveren)? Eller er den fritaget i medfør af artikel 1, stk. 2?

43. Sparkasse Südholstein og den tyske regering har gjort gældende, at bestemmelserne i direktiv 2002/65 ikke finder anvendelse på en efterfølgende aftale om forrentning. Sådant en aftale vedrører kun forbrugerens vigtigste forpligtelse i henhold til en låneaftale og ikke aftalens øvrige aspekter. En aftale om forrentning kan derfor ikke anses for at være en selvstændig aftale.

44. Kommissionen og KH har gjort gældende, at den efterfølgende aftale om forrentning er en »aftale om finansielle tjenesteydelser«, som er omfattet af direktiv 2002/65.

45. Der er med direktiv 2002/65 foretaget fuldstændig harmonisering af nationale bestemmelser, og dets betingelser skal derfor tillægges en fortolkning, som er fælles for alle medlemsstaterne<sup>23</sup>. I henhold til Domstolens faste praksis følger det af kravet om en ensartet anvendelse af EU-retten, at såfremt en bestemmelse i EU-retten ikke indeholder nogen udtrykkelig henvisning til medlemsstaternes ret hvad angår et særligt begreb, skal denne sidstnævnte undergives en selvstændig og ensartet fortolkning i hele Den Europæiske Union, som skal søges under hensyntagen til bestemmelsens kontekst og formålet med den pågældende ordning<sup>24</sup>.

20 – M. Haentjens og P. de Gioia-Carabellese, *European Banking and Financial Law*, Routledge, London and New York, 2015, s. 64.

21 – Ændret forslag til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv om fjernsalg af finansielle tjenesteydelser og om ændring af direktiv 97/7/EF og direktiv 98/27/EF, KOM(1999) 385 endelig udg. (EFT 2000, C 177 E, s. 21) (herefter »det ændrede direktivforslag«).

22 – Jf. endvidere generaladvokat Bots forslag til afgørelse Kareda (C-249/16, EU:C:2017:305, punkt 41).

23 – Dom af 11.9.2019, Romano (C-143/18, EU:C:2019:701, præmis 34 og 55).

24 – Dom af 7.9.2017, Schottelius (C-247/16, EU:C:2017:638, præmis 31).

46. Ensartet fortolkning i forbindelse med fjernsalg af finansielle tjenesteydelser gør det muligt at undgå forskelle mellem medlemsstaterne. Dette er især vigtigt på områder, der har en iboende grænseoverskridende karakter. Foranstaltninger med henblik på konsolideringen af det indre marked skal imidlertid ikke undergrave forbrugerbeskyttelsen. De skal – som anført i første betragtning til direktiv 2002/65 – derimod bidrage til virkeliggørelsen af et højt forbrugerbeskyttelsesniveau på markedet. Disse fælles regler kombinerer behovet for at styrke det indre marked og behovet for at opnå et højt forbrugerbeskyttelsesniveau og sigter således mod at sikre øget tillid blandt forbrugerne, der således er mere villige til at gøre brug af fjernsalg<sup>25</sup>. Formålet med direktiv 2002/65 er at yde forbrugerne omfattende beskyttelse ved at give dem en række rettigheder i forhold til aftaler vedrørende fjernsalg, da anvendelsen af fjernkommunikationsteknikker ikke må medføre en reduktion af de oplysninger, der gives til forbrugeren<sup>26</sup>.

47. I artikel 2, litra a), defineres begrebet »fjernsalgsaftale« som »enhver« aftale om »finansielle tjenesteydelser mellem en leverandør og en forbruger, der er indgået under anvendelse af et system til fjernsalg eller fjernlevering af tjenesteydelser drevet af leverandøren«. Det fremgår af 14. betragtning, at direktivet omfatter »alle finansielle tjenesteydelser«, som kan være genstand for fjernsalg.

48. Disse tekster tyder på, at begrebet »fjernsalgsaftale«, der er omfattet af bestemmelserne i direktiv 2002/65, skal fortolkes bredt, da der i artikel 2, litra a), henvises til »*enhver* aftale« og i 14. betragtning til »*alle* finansielle tjenesteydelser«. Denne tilgang er endvidere i overensstemmelse med direktivets beskyttende formål, som er at sikre et højt niveau af forbrugerbeskyttelse.

49. Yderligere fremgår det af 16. betragtning, at EU-lovgiver var opmærksom på det forhold, at en enkelt aftale, der indebærer flere på hinanden følgende transaktioner eller en række enkeltoperationer af samme karakter over en vis periode, kan give anledning til forskellige juridiske formuleringer afhængigt af lovgivningen i de enkelte medlemsstater. Direktivets betragtninger giver visse retningslinjer for, hvordan disse begreber skal fortolkes.

50. Ifølge betragtningerne skal direktivet således finde anvendelse på »den første af flere på hinanden følgende operationer eller den første af en række enkeltoperationer af samme karakter over en vis periode, der kan betragtes som udgørende et hele, hvad enten operationen eller rækken af operationer er omfattet af en enkelt aftale eller flere på hinanden følgende særskilte aftaler«<sup>27</sup>. Begrebet »en første aftale om tjenesteydelser« udbygges yderligere med nogle eksempler såsom »oprettelse af en bankkonto, erhvervelse af et kreditkort« eller »indgåelse af en aftale om porteføljeforvaltning«, mens »indsættelse af penge på eller hævnning af penge fra kontoen, betalinger ved hjælp af kreditkort« og »transaktioner inden for rammerne af aftaler om porteføljeforvaltning« anses for at være »operationer«. »Tilføjelse af nye elementer til en første aftale om tjenesteydelser som f.eks. muligheden for at bruge et elektronisk betalingsmiddel i forbindelse med bankkontoen udgør [imidlertid] ikke »en operation«, men en supplerende aftale, som direktivet finder anvendelse på«<sup>28</sup>.

51. Det følger heraf, at hovedelementet for, at der kan bestå en »aftale« som omhandlet i artikel 2, litra a), er, at der skal være en aftale mellem parterne, dvs. samstemmende vilje. Direktivet giver visse retningslinjer i 15. betragtning for, hvad de enkelte elementer af en »aftale« er, nemlig dens udbud, forhandling og indgåelse. Selv om definitionerne af en »aftale« kan være forskellige i henhold til national ret, fremgår det, at det, der med hensyn til direktiv 2002/65 kræves, er et tilbud og en accept, der fører til en samstemmende vilje. En »aftale«, som er omfattet af direktivets anvendelsesområde,

25 – Jf. generaladvokat Pitruzzellas forslag til afgørelse Romano (C-143/18, EU:C:2019:273, punkt 41 og 42).

26 – Det fremgår af 12. betragtning, at der skal fastsættes fælles regler på dette område, »uden at dette berører den almindelige forbrugerbeskyttelse i medlemsstaterne«. Jf. i denne retning og analogt dom af 5.7.2012, Content Services (C-49/11, EU:C:2012:419, præmis 36), som vedrører direktiv 97/7).

27 – 16. betragtning.

28 – 17. betragtning.

defineres ved at stille den over for en »operation«. En »operation« er en handling, som *opfylder* en eksisterende aftale *uden at tilføje nye elementer, der kræver en ny samstemmende vilje*. I forbindelse med en låneaftale ville en »operation« således omfatte individuelle transaktioner såsom betalinger, som nedbringer det samlede beløb, som skyldes<sup>29</sup>.

52. I forbindelse med en låneaftale er selve udbetalingen af det lånte beløb den »karakteristiske forpligtelse«, mens låntagerens forpligtelse til at tilbagebetale det lånte beløb er en konsekvens af långiverens levering af sin tjenesteydelse<sup>30</sup>. Långiver tilbyder et pengebeløb som et lån. Bortset fra det lånte beløb udgør strukturen og varigheden af tilbagebetalingsperioden og rentesatsen de øvrige hovedelementer af en aftale, som er nødvendige for at nå til enighed. Det afgørende spørgsmål for en potentiel låntager er, om det skal være en fast eller variabel rentesats. En forbruger, som er meget tilbageholden med at løbe risici, vil være mere tilbøjelig til at vælge en fast rentesats, mens en mere risikovillig forbruger vælger en variabel rentesats. Når en forbruger vælger en fast rentesats, aftales det somme tider, at rentesatsen efter en vis periode vil blive genforhandlet af parterne. Dette var tilfældet i hovedsagen. Som den forelæggende ret har forklaret, og som Sparkasse Südholstein har bekræftet i sit skriftlige indlæg, indeholdt de tre låneaftaler en ensartet klausul om, at hver part seks til to uger inden udløbet af den faste rentesats kunne anmode om at genforhandle rentesatsen. Hvis der efter udløbet af denne periode ikke var opnået en aftale om justering, ville en variabel rentesats, som fastsat af Sparkasse Südholstein for den omhandlede låntype, gælde for dette lån.

53. Det fremgår, at rentesatsen blev genforhandlet af parterne på grundlag af et nyt forslag fra banken. Hvis der ikke kom en aftale i stand, forblev de oprindelige aftalevilkår ikke uændrede. De ændrede sig væsentligt. Nærmere bestemt ændrede rentesatsen sig fra en fast til en variabel rente. Den nye aftale var således ikke blot en »operation«, hvis elementer blev dækket af den tidligere aftale, men en ny aftale om rentesatserne, der kræver en ny samstemmende vilje. En af parterne tog initiativ til at starte forhandlingerne, og mulige rentesatser blev drøftet. Parterne kunne indgå aftale om en ny fast rentesats eller overgå til en variabel rentesats. Denne anden mulighed fungerede som en standardaftale.

54. I modsætning til hvad Sparkasse Südholstein og den tyske regering har gjort gældende, betyder det forhold, at andre elementer af lånet, såsom pengebeløbet og varigheden, ikke blev ændret af den efterfølgende aftale om forrentning, ikke, at aftalen blot var en »operation«, som de nærmere regler i direktiv 2002/65 ikke finder anvendelse på. En sådan fortolkning ville i høj grad begrænse anvendelsesområdet for et direktiv, som har til formål at omfatte »enhver aftale« om finansielle tjenesteydelser [artikel 2, litra a)]. Intet i direktiv 2002/65 tyder på, at dens bestemmelser kun finder anvendelse, når en aftaleændring ændrer alle eller de fleste af den tidligere aftales elementer. Når en af aftalens hovedelementer, som er omfattet af den oprindelige aftale, udløber og genforhandles, og der efter indgåelsen af en ny aftale (eller en standardaftale) gælder nye betingelser, skal forbrugeren drage fordel af alle nødvendige oplysninger for at give sit samtykke som fastsat i direktiv 2002/65.

55. Sparkasse Südholstein og den tyske regering har endvidere gjort gældende, at i et kontraktforhold skal den oprindelige låneaftale og de efterfølgende ændringer, der ændrer rentesatsen, betragtes som en helhed, der udgør én aftale. Sparkasse Südholstein har henvist til en dom afsagt af Bundesgerichtshof (Forbundsforfatningsdomstolen, Tyskland) den 15. januar 2019, hvorved denne domstol fastslog, at i tilfælde af »Unechte Abschnittsfinanzierung«<sup>31</sup> er en aftale om forrentning ikke en separat aftale, men en del af låneaftalen. Forbrugeren har således kun fortrydelsesret med hensyn til den oprindelige låneaftale og ikke de efterfølgende aftaler om forrentning.

29 – Jf. I. Linaritis, »Adgangen til finansielle tjenesteydelser via internettet: i lyset af direktiv 2002/65/EF, 2000/31/EF og 1999/93/EF« (på græsk), Sakkoulas, Athens, Thessaloniki, 2005, s. 119.

30 – Dom af 15.6.2017, Kareda (C-249/16, EU:C:2017:472, præmis 41).

31 – Udtrykket svarer ordret til »falsk komponentfinansiering«.

56. Denne dom var efter min opfattelse alene baseret på nationalretlige overvejelser. Som jeg imidlertid har anført ovenfor (i punkt 45), bevæger direktiv 2002/65 sig mod fuldstændig harmonisering af nationale bestemmelser, og dets betingelser skal tillægges en fortolkning, som er fælles for alle medlemsstaterne<sup>32</sup>. Det forhold, at et bestemt nationalt retssystem klassificerer en efterfølgende aftale om forrentning som værende en del af den oprindelige låneaftale, har derfor ingen indflydelse på fortolkningen af begrebet »fjernsalgsaftale« i artikel 2, litra a), i direktiv 2002/65 og af »operationer«, som ikke er omfattet af direktivets bestemmelser, jf. dets artikel 1, stk. 2. Direktivet udelukker alene visse »operationer« udtrykkeligt fra anvendelsen af dets bestemmelser; en aftale om forrentning, som er indgået ved udløbet af den oprindelige aftale om forrentning, er en ny »aftale om finansielle tjenesteydelser«<sup>33</sup>.

57. Det er derfor min konklusion, at begrebet »aftale om finansielle tjenesteydelser« som omhandlet i artikel 2, litra a), i direktiv 2002/65 skal fortolkes således, at det omfatter en efterfølgende aftale om forrentning, der hverken forlænger lånets løbetid eller ændrer dets størrelse. En sådan aftale er ikke en »operation« som omhandlet i artikel 1, stk. 2, i direktiv 2002/65, og den er derfor omfattet af dette direktivs bestemmelser.

#### *Det første spørgsmål*

58. Med det første spørgsmål ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om der i en situation, hvor en bank indgår visse typer låneaftaler i sine forretningslokaler, men undertiden efterfølgende indgår aftaler om ændringer af låneaftaler udelukkende under anvendelse af fjernkommunikationsmidler, er et »system til fjernsalg eller fjernlevering af tjenesteydelser drevet af leverandøren« som omhandlet i artikel 2, litra a), i direktiv 2002/65.

59. Definitionen af »fjernsalgsaftale« i artikel 2, litra a), i direktiv 2002/65 er udformet på grundlag af den definition, som er indeholdt i artikel 2, litra a), i direktiv 97/7<sup>34</sup>. Den er kendetegnet ved to elementer. Det første element er, at de to kontraherende parter – leverandøren og forbrugeren – ikke er fysisk og samtidigt til stede, når fjernsalgsaftaler forberedes og indgås. Det andet element er, at disse transaktioner udføres under anvendelse af et system til fjernsalg eller fjernlevering af tjenesteydelser drevet af leverandøren, som udelukkende anvender fjernkommunikationsteknikker<sup>35</sup>.

60. For så vidt angår det første element er det værd at bemærke, at definitionen af »fjernsalgsaftale« alene kræver, at der for aftalens vedkommende udelukkende anvendes en form for fjernkommunikationsteknik. »Fjernkommunikationsteknik« er defineret i artikel 2, litra e), i direktiv 2002/65 som »ethvert middel, som uden leverandørens og forbrugersens samtidige fysiske tilstedeværelse kan anvendes til en fjernsalgsaftale om en tjenesteydelse mellem disse kontrahenter«. Den definition er bred og omfatter enhver form for kommunikation uden de to parter samtidige fysiske tilstedeværelse, som f.eks. telefoner, e-mails, post, fax osv. Alle skridt, som er nødvendige for aftalens indgåelse, skal udelukkende udføres ved anvendelse af fjernkommunikation<sup>36</sup>. Jeg er enig i den i litteraturen foreslåede tilgang, hvorefter det forhold, at der forud for tidspunktet for aftalens indgåelse har været en vis form for personlig kontakt mellem leverandøren og forbrugeren med *andet* mål for øje end aftalens udbud, forhandling og indgåelse, ikke i sig selv er til hinder for, at aftalen betragtes som en fjernsalgsaftale<sup>37</sup>.

32 – Dom af 11.9.2019, Romano (C-143/18, EU:C:2019:701, præmis 34 og 55).

33 – Jf. punkt 47-53 ovenfor.

34 – Jf. bemærkningerne til det ændrede direktivforslag.

35 – Jf. 15. og 18. betragtning til samt artikel 2, litra a) og e), i direktiv 2002/65. Jf. endvidere analogt generaladvokat Mengozzis forslag til afgørelse Handelsgesellschaft Heinrich Heine (C-511/08, EU:C:2010:48, punkt 27).

36 – Jf. i denne retning artikel 2, litra e), i direktiv 2002/65. Jf. endvidere W. Yonge, »The distance marketing of consumer financial services directive«, *Journal of Financial Services Marketing*, nr. 8, 2003, s. 80.

37 – J. Fisher, J. Bewsey, M. Waters og E. Ovey, *The Law of Investor Protection*, Sweet & Maxwell, London, 2. udgave, 2003, s. 247.

61. Den forelæggende ret har anført, at aftalerne om forrentning, som ændrede de i hovedsagen omhandlede oprindelige dispositioner, blev indgået udelukkende ved anvendelse af fjernkommunikationsteknikker. Dette element synes at være ubestridt mellem parterne.

62. Derimod er det omtvistet, om Sparkasse Südholstein drev et »system til fjernsalg eller fjernlevering af tjenesteydelser«. Denne ordlyd er ikke nærmere defineret i direktivet. 18. betragtning giver visse retningslinjer, for så vidt som det deraf fremgår, at direktivet ikke »omfatter [...] tjenesteydelser, der præsteres helt lejlighedsvis og uden for rammerne af en forretningsstruktur, der har til formål at indgå aftaler om fjernsalg«<sup>38</sup>.

63. Det tilkommer den forelæggende ret at foretage den nødvendige faktiske efterprøvelse med hensyn til de præcise metoder, som Sparkasse Südholstein anvender for at indgå aftaler om ændring af rentesatser. Denne Domstol er imidlertid beføjet til at forsyne den forelæggende ret med vejledning om, hvordan et »system til fjernsalg eller fjernlevering af tjenesteydelser drevet af leverandøren« som omhandlet i direktiv 2002/65 skal fortolkes.

64. Det fremgår af selve ordlyden af artikel 2, litra a), at et sådant system skal opfylde visse kriterier. For det første skal det være »ordnet«. Dette betyder, at leverandøren hvad angår sin forretningsmæssige struktur, herunder personale og ressourcer, skal være forberedt på at indgå aftaler uden leverandørens og forbrugerens samtidige fysiske tilstedeværelse. For det andet skal det være »drevet« af leverandøren. Det er leverandøren som opstiller rammerne for at tilbyde forbrugeren indgåelse af fjernsalgsaftaler. For det tredje skal det for den pågældende aftales vedkommende anvendes »udelukkende« »frem til og i forbindelse med selve indgåelsen af aftalen«. Det skal derfor omfatte alle aftalefaserne som omhandlet i direktiv 2002/65, nemlig udbud, forhandling og indgåelse. For det fjerde må det ikke være »helt lejlighedsvis«. Indgåelsen af en aftale om finansielle tjenesteydelser uden parternes samtidige fysiske tilstedeværelse bør ikke ske »undtagelsesvis«, »sjældent« eller »uregelmæssigt«. Derimod skal der være tale om en forholdsvis normal mulighed eller løsning ved aftaleindgåelser. 18. betragtning forbinder dette fjerde element med det første element, der er anført i dette punkt, nemlig forekomsten af et »system« hvad angår forretningsmæssig struktur, personale og ressourcer. Det er svært at forestille sig, at en leverandør, så snart vedkommende har gjort sig den umage at oprette et system, som giver mulighed for indgåelse af fjernsalgsaftaler, kun vil anvende dette system »helt lejlighedsvis«.

65. Efter min opfattelse foreligger der et fjernleveringssystem, hvis systemet er udformet således, at alt kan foregå ved fjernsalg<sup>39</sup>. Det ville være urigtigt at kræve, at indgåelsen af fjernsalgsaftaler skal være »ofte« eller »systematisk«, eller at det skal være standardreglen for hovedparten af aftalerne eller af aftalerne af en vis type, som leverandøren indgår. En sådan fortolkning er ikke forenelig med ordlyden af direktiv 2002/65, som ikke henviser til en vis »hyppighedsgrad«, men til en adfærd, som ikke er »helt lejlighedsvis« (min fremhævelse). Den ville endvidere være i modstrid med direktivets beskyttende formål, da den ville begrænse dets anvendelsesområde ud over, hvad der udtrykkeligt fremgår af dets ordlyd. Af samme årsager afviser jeg Sparkasse Südholsteins argument om, at leverandøren, f.eks. via sit websted, skal »give udtryk for«, at denne driver et generelt fjernsalgssystem. Det af den tyske regering foreslåede kriterium om, at leverandøren skal have truffet et »strategisk valg« om at skabe et system for indgåelsen af fjernsalgsaftaler, forekommer mig ligeledes at være irrelevant. Direktiv 2002/65 tager ikke stilling til leverandørens subjektive holdning, men til den objektive virkelighed: Driver leverandøren faktisk et »system til fjernsalg eller fjernlevering af tjenesteydelser«?

38 – Jf. endvidere bemærkningerne til det ændrede direktivforslag.

39 – Jf. i denne retning endvidere M. Van Huffel, »La Directive 2002/65/CE du 23 septembre 2002 concernant la commercialisation à distance des services financiers auprès des consommateurs«, *Euredia*, nr. 3, 2003, s. 363.

66. Det tilkommer den forelæggende ret at efterprøve de faktiske omstændigheder på grundlag af disse kriterier og afgøre, om der i den foreliggende sag forelå et »system til fjernsalg eller fjernlevering af tjenesteydelser«. Oplysningerne, som den forelæggende ret har fremlagt, tyder på, at Sparkasse Südholstein både hvad angår personale og ressourcer havde forudsætningerne til på regelmæssig basis at gennemføre ændrings- og tillægsaftaler med eksisterende kunder ved fjernsalg. Som Sparkasse Südholstein selv forklarede i retsmødet, er det mere praktisk, når kunden ikke er bosat tæt på banken, at indgå en fjernsalgsaftale. Dette betyder, at indgåelsen af efterfølgende aftaler om forrentning ved fjernsalg er en mulighed, hver gang denne aftaletype påtænkes. Hvorvidt dette er, hvad der reelt sker, kan afhænge af praktiske overvejelser. Det er derfor efter min opfattelse sandsynligt, at Sparkasse Südholstein driver et fjernleveringssystem med det formål at indgå efterfølgende aftaler om forrentning.

67. Det forhold, at Sparkasse Südholstein indgår visse typer låneaftaler udelukkende i sine forretningslokaler, eller at den oprindelige låneaftale med KH blev indgået med parternes samtidige fysiske tilstedeværelse, ændrer ikke denne konklusion. Direktiv 2002/65 indeholder ikke krav om, når der foreligger et overordnet forretningsmæssigt forhold mellem leverandøren og forbrugeren, at hele forholdet gennemføres på afstand. I tilfælde, hvor der foreligger en række separate »aftaler«, såsom de oprindelige låneaftaler og de efterfølgende aftaler om forrentning i den foreliggende sag, fremgår det af ordlyden af artikel 2, litra a) (i henhold til hvilken leverandøren »for *den pågældende* aftales vedkommende« udelukkende skal anvende fjernkommunikationsteknik (min fremhævelse)), at det er den *pågældende specifikke aftale*, som skal indgås ved »fjernsalg«, for at bestemmelserne i direktiv 2002/65 finder anvendelse.

68. Det er derfor min konklusion, at der foreligger et »system til fjernsalg eller fjernlevering af tjenesteydelser drevet af leverandøren« som omhandlet i artikel 2, litra a), i direktiv 2002/65, når en leverandør med henblik på at indgå en efterfølgende aftale om forrentning udelukkende anvender fjernkommunikationsteknikker, og når anvendelsen af disse teknikker er eksklusiv og ikke helt lejlighedsvis, men udgør en del af en ramme, der er fastlagt af denne leverandør, hvad angår dennes forretningsmæssige struktur, herunder personale og ressourcer, og som giver denne mulighed for at indgå aftaler uden parternes samtidige fysiske tilstedeværelse. Det tilkommer den nationale ret, som har enekompetence for så vidt angår de faktiske omstændigheder, at afgøre, om disse elementer foreligger i et konkret tilfælde.

## Forslag til afgørelse

69. På baggrund af ovenfor anførte betragtninger foreslår jeg Domstolen at besvare de af Landgericht Kiel (den regionale ret i første instans i Kiel, Tyskland) forelagte præjudicielle spørgsmål som følger:

- »– Begrebet »aftale om finansielle tjenesteydelser« som omhandlet i artikel 2, litra a), i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2002/65/EF af 23. september 2002 om fjernsalg af finansielle tjenesteydelser til forbrugerne og om ændring af Rådets direktiv 90/619/EØF samt direktiv 97/7/EF og 98/27/EF skal fortolkes således, at det omfatter en efterfølgende aftale om forrentning, der hverken forlænger lånets løbetid eller ændrer dets størrelse. En sådan aftale er ikke en »operation« som omhandlet i artikel 1, stk. 2, i direktiv 2002/65, og den er derfor omfattet af dette direktivs bestemmelser.
- Der foreligger et »system til fjernsalg eller fjernlevering af tjenesteydelser drevet af leverandøren« som omhandlet i artikel 2, litra a), i direktiv 2002/65, når en leverandør med henblik på at indgå en efterfølgende aftale om forrentning udelukkende anvender fjernkommunikationsteknikker, og når anvendelsen af disse teknikker er eksklusiv og ikke helt lejlighedsvis, men udgør en del af en ramme, der er fastlagt af denne leverandør, hvad angår dennes forretningsmæssige struktur, herunder personale og ressourcer, og som giver denne mulighed for at indgå aftaler uden

parternes samtidige fysiske tilstedeværelse. Det tilkommer den nationale ret, som har enekompetence for så vidt angår de faktiske omstændigheder, at afgøre, om disse elementer foreligger i et konkret tilfælde.«