



# Jurisprudentie

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL  
M. BOBEK  
van 15 september 2016<sup>1</sup>

**Zaak C-375/15**

**BAWAG PSK Bank für Arbeit und Wirtschaft und Österreichische Postsparkasse AG  
tegen  
Verein für Konsumenteninformation**

[verzoek van het Oberste Gerichtshof (hoogste rechter, Oostenrijk) om een prejudiciële beslissing]

„Harmonisatie van wetgeving — Richtlijn 2007/64/EG — Betalingsdiensten in de interne markt — Raamcontracten — Algemene informatie vooraf — Informatie over wijziging van de voorwaarden van de raamcontracten — Vereiste om informatie te verstrekken op een duurzame drager — ‚Verstrekken’ of ‚ter beschikking stellen’ van informatie — Mededeling van informatie via de mailbox van een website voor online bankieren”

## I – Inleiding

1. Richtlijn 2007/64/EG betreffende betalingsdiensten in de interne markt<sup>2</sup> schrijft voor dat informatie over wijzigingen van raamcontracten door de betalingsdienstaanbieder aan de betalingsdienstgebruiker wordt verstrekt op papier of op een andere *duurzame drager*.

2. BAWAG PSK Bank für Arbeit und Wirtschaft und Österreichische Postsparkasse AG (hierna: „BAWAG”) is een bank die in Oostenrijk werkzaam is. Zij biedt haar klanten contracten aan voor online bankieren (ook: „e-banking”). In haar algemene voorwaarden voor zulke e-bankingcontracten heeft BAWAG een beding opgenomen met de strekking dat „berichten over wijzigingen” aan de klant worden meegedeeld via de interne mailbox van haar e-bankingsysteem. De Verein für Konsumenteninformationen, een consumentenvereniging, is van mening dat een dergelijk beding niet in overeenstemming is met de verplichting uit hoofde van richtlijn 2007/64 om informatie te verstrekken op een „duurzame drager”.

1 — Oorspronkelijke taal: Engels.

2 — Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad van 13 november 2007 betreffende betalingsdiensten in de interne markt en tot wijziging van de richtlijnen 97/7/EG, 2002/65/EG, 2005/60/EG en 2006/48/EG en tot intrekking van richtlijn 97/5/EG (PB 2007, L 319, blz. 1) (hierna: „richtlijn 2007/64”). Richtlijn 2007/64 wordt met ingang van 13 januari 2018 ingetrokken en vervangen door richtlijn (EU) 2015/2366 van het Europees Parlement en de Raad van 25 november 2015 betreffende betalingsdiensten in de interne markt, en tot wijziging van de richtlijnen 2002/65/EG, 2009/110/EG en 2013/36/EU en van verordening (EU) nr. 1093/2010 (PB 2015, L 337, blz. 35).

3. In de onderhavige zaak wordt het Hof verzocht uit te maken of informatie die wordt gegeven via een e-bankingmailbox wordt „verstrekkt” (en niet louter „ter beschikking gesteld”) door middel van een „duurzame drager” in de zin van richtlijn 2007/64. Ruimer geformuleerd, wordt het Hof opnieuw<sup>3</sup> uitgenodigd om een evenwicht te zoeken tussen enerzijds de aan de informatie en de bescherming van consumenten gestelde minimumvereisten, en anderzijds de technologische ontwikkelingen die tot uiting komen in de groeiende (ongetwijfeld mede door de consumentenvoorkeur ingegeven) trend onder marktdeelnemers om voor de communicatie met hun klanten gebruik te maken van door hen gecreëerde online en papierloze oplossingen.

## II – Toepasselijke bepalingen

### A – *Unierecht*

4. Richtlijn 2007/64 stelt regels vast met betrekking tot de transparantie van de aan betalingsdiensten verbonden voorwaarden en informatievereisten.<sup>4</sup> Deze regels specificeren de verplichtingen van betalingsdienstaanbieders wanneer zij informatie verstrekken aan betalingsdienstgebruikers, die volgens overweging 21 „allen dezelfde, kwalitatief hoogwaardige en duidelijke informatie [...] dienen te ontvangen om met kennis van zaken te kunnen kiezen en binnen de Europese Unie de markt te kunnen verkennen”.

5. Volgens overweging 23 van richtlijn 2007/64 dient de benodigde informatie in verhouding te staan tot de gebruikersbehoeften en moet deze op uniforme wijze worden meegedeeld. Volgens die overweging dienen de informatievereisten voor een eenmalige betalingstransactie evenwel te verschillen van die voor een raamcontract (dat op een reeks betalingstransacties betrekking heeft). Overweging 24 verduidelijkt de voorschriften betreffende informatie vooraf over raamcontracten en licht aan de hand van voorbeelden de inhoud van het begrip „duurzame drager” toe. Overweging 25 verduidelijkt de informatievereisten die gelden voor eenmalige betalingstransacties in tegenstelling tot raamcontracten, en legt uit dat informatie niet altijd hoeft te worden verstrekt op papier of op een andere duurzame drager, tenzij de consument daarom verzoekt.

6. Overweging 27 van richtlijn 2007/64 onderscheidt twee manieren waarop de betalingsdienstaanbieder de informatie moet verstrekken: „Ofwel moet de informatie worden verstrekt, d.w.z. actief worden meegedeeld, door de betalingsdienstaanbieder op het gepaste tijdstip, zoals voorgeschreven bij deze richtlijn, zonder verder verzoek van de betalingsdienstgebruiker. Ofwel moet de informatie beschikbaar worden gesteld aan de betalingsdienstgebruiker, rekening houdend met diens eventuele verzoeken om nadere informatie.” Die overweging verduidelijkt aan de hand van voorbeelden situaties waarin de informatie wordt „ter beschikking gesteld” en de klant uit eigen beweging stappen moet ondernemen om die toegang te verkrijgen.

7. Artikel 4 van richtlijn 2007/64 bevat definities. Artikel 4, punt 12, definieert een „raamcontract” als „een betalingsdienstencontract dat de toekomstige uitvoering beheerst van afzonderlijke en opeenvolgende betalingstransacties en dat de verplichtingen en voorwaarden voor de opening van een betaalrekening kan omvatten”. Volgens artikel 4, punt 25, moet onder een „duurzame drager” worden

3 — Zie arrest van 5 juli 2012, *Content Services* (C-49/11, EU:C:2012:419). Over de uitlegging van de formulering „op papier of op een andere duurzame drager” in de context van artikel 10 van richtlijn 2008/48/EG van het Europees Parlement en de Raad van 23 april 2008 inzake kredietovereenkomsten voor consumenten en tot intrekking van richtlijn 87/102/EEG van de Raad (PB 2008, L 133, blz. 66), zie de conclusie van advocaat-generaal Sharpston in de zaak *Home Credit Slovakia* (C-42/15, EU:C:2016:431). Het Hof kreeg ook de gelegenheid tot uitlegging van artikel 23, lid 2, van verordening (EG) nr. 44/2001 van de Raad van 22 december 2000 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken (PB 2001, L 12, blz. 1) („Brussel I”), dat spreekt van „elektronische mededeling [...] waardoor de overeenkomst duurzaam geregistreerd wordt [...]”, in het arrest van 21 mei 2015, *El Majdoub* (C-322/14, EU:C:2015:334).

4 — Zie artikel 1, lid 2, en overweging 18.

verstaan „elk hulpmiddel dat het de betalingsdienstgebruiker mogelijk maakt de aan hem persoonlijk gerichte informatie op zodanige wijze op te slaan dat deze gedurende een voor het doel van de informatie gepaste periode kan worden geraadpleegd en waarmee de opgeslagen informatie ongewijzigd kan worden gereproduceerd”.

8. Titel III van richtlijn 2007/64 („Transparantie van aan betalingsdiensten verbonden voorwaarden en informatievereisten”) bevat in hoofdstuk 2 de bepalingen die toepasselijk zijn op „eenmalige betalingstransacties” (artikelen 35 tot en met 39). De bepalingen van hoofdstuk 3 hebben betrekking op „raamcontracten” (artikelen 40 tot en met 48).

9. Artikel 41 van richtlijn 2007/64, betreffende „[a]lgemene voorlichting vooraf” in het kader van „raamcontracten”, bepaalt het volgende:

„1. De lidstaten schrijven voor dat de betalingsdienstaanbieder, ruimschoots voordat de betalingsdienstgebruiker door een raamcontract of aanbod gebonden is, hem op papier of op een andere duurzame drager de in artikel 42 bedoelde informatie en voorwaarden verstrek[t]. De informatie en voorwaarden worden in gemakkelijk te begrijpen bewoordingen en in duidelijke en bevattelijke vorm verstrekt in een officiële taal van de lidstaat waar de betalingsdienst wordt aangeboden of in een andere taal die door de partijen is overeengekomen.

[...]”

10. Artikel 44 van richtlijn 2007/64 heeft betrekking op wijzigingen van de voorwaarden in raamcontracten. Volgens artikel 44, lid 1, eerste alinea, wordt „[e]lke wijziging in het raamcontract en in de in artikel 42 vermelde informatie en voorwaarden [...] uiterlijk twee maanden vóór de datum van de beoogde inwerkingtreding ervan door de betalingsdienstaanbieder voorgesteld op dezelfde wijze als in artikel 41, lid 1, is bepaald”. Artikel 44, lid 1, tweede alinea, vervolgt: „Voor zover van toepassing overeenkomstig artikel 42, punt 6, onder a), deelt de betalingsdienstaanbieder de betalingsdienstgebruiker mee dat hij wordt geacht deze wijzigingen te hebben aanvaard indien hij de betalingsdienstaanbieder niet vóór de voorgestelde datum van inwerkingtreding van die wijzigingen ervan in kennis heeft gesteld dat hij de wijzigingen niet aanvaardt. In dat geval vermeldt de betalingsdienstaanbieder eveneens dat de betalingsdienstgebruiker het recht heeft het raamcontract onmiddellijk kosteloos te beëindigen voor de datum waarop de voorgestelde wijzigingen van toepassing worden.”

## ***B – Oostenrijks recht***

11. Richtlijn 2007/64 is in de Oostenrijkse rechtsorde omgezet bij het Bundesgesetz über die Erbringung von Zahlungsdiensten (Zahlungsdienstegezet) (federale wet over het verrichten van betalingsdiensten) (BGBl 2009 I, 66). In § 26 van deze wet wordt het volgende bepaald:

„1. De betalingsdienstaanbieder moet ruimschoots voordat de betalingsdienstgebruiker door een contract of een aanbod gebonden is,

1) in het geval van een raamcontract, hem op papier of, wanneer de betalingsdienstgebruiker daarmee instemt, op een andere duurzame drager de in § 28 bedoelde informatie en voorwaarden verstrekken,

[...]”

12. § 29 van het Zahlungsdienstegesetz, betreffende wijzigingen in raamcontracten, is als volgt geformuleerd:

„1. De betalingsdienstaanbieder moet

- 1) elke wijziging in het raamcontract uiterlijk twee maanden vóór de datum van de beoogde inwerkingtreding ervan aan de betalingsdienstgebruiker voorstellen op de wijze bepaald in § 26, lid 1, punt 1, en § 26, lid 2, en
- 2) voor zover overeengekomen volgens § 28, lid 1, punt 6, onder a), vermelden
  - a) dat de betalingsdienstgebruiker wordt geacht deze wijzigingen te hebben aanvaard indien hij de betalingsdienstaanbieder niet vóór de voorgestelde datum waarop de wijzigingen van toepassing worden, ervan in kennis heeft gesteld dat hij de wijzigingen niet aanvaardt, en
  - b) dat de betalingsdienstgebruiker het recht heeft het raamcontract onmiddellijk kosteloos te beëindigen vóór de datum van inwerkingtreding van die wijzigingen.”

### **III – Hoofddeding, prejudiciële vragen en procedure bij het Hof**

13. Wanneer BAWAG met haar klanten een contract voor bankdiensten afsluit, gebruikt zij algemene contracten met standaardvoorwaarden. De voorwaarde waar het hoofddeding om draait, betreft met name de deelname van klanten aan het e-bankingsysteem van BAWAG en luidt als volgt:

„Kennisgevingen en overzichten (in het bijzonder rekeninginformatie, rekeningoverzichten, creditcardafrekeningen, kennisgevingen van wijzigingen, enz.) die de bank de klant moet doen toekomen of voor hem toegankelijk moet maken, ontvangt de klant die heeft ingestemd met e-banking, per post of langs elektronische weg doordat deze opvraagbaar worden gemaakt of verzonden via BAWAG P.S.K. E-Banking.”

14. Volgens de door de verwijzende rechter gegeven beschrijving verloopt de communicatie via het onderhavige e-bankingsysteem als volgt: in het kader van dit systeem maakt BAWAG voor elke klant een mailbox aan. Klanten krijgen toegang tot die mailbox door via de e-bankingwebsite in te loggen met hun persoonlijke wachtwoord. De bank verstuurt elektronische berichten dan naar die mailbox. Er vindt geen aanvullende kennisgeving plaats, bijvoorbeeld door een bericht naar het persoonlijke e-mailadres van de klant om hem te informeren dat een bericht naar de e-bankingmailbox is verzonden.

15. In het hoofddeding heeft de Verein für Konsumenteninformation gevorderd dat BAWAG wordt verboden om de bewuste voorwaarde op te nemen in de contracten die zij met haar klanten afsluit, en om deze voorwaarde op haar klanten toe te passen. De vordering is in eerste aanleg toegewezen, en in hoger beroep opnieuw bevestigd. Het beding werd in strijd geacht met de dwingende voorschriften van § 26, lid 1, punt 1, juncto § 29, lid 1, punt 1, van het Zahlungsdienstegesetz. BAWAG heeft bij het Oberste Gerichtshof (hoogste rechter, Oostenrijk) beroep in cassatie ingesteld. In dat verband heeft het Oberste Gerichtshof de procedure geschorst en de volgende prejudiciële vragen gesteld:

- „1) Dient artikel 41, lid 1, juncto artikel 36, lid 1, van richtlijn [2007/64] aldus te worden uitgelegd, dat wanneer een bank in het kader van online bankieren (e-banking) informatie (in elektronische vorm) via de mailbox van een klant meedeelt, zodat deze na het inloggen op de e-bankingwebsite door aanklikken toegang krijgt tot de informatie, deze informatie op een duurzame drager aan de klant wordt verstrekt?

2) Indien het antwoord op de eerste vraag ontkennend luidt:

Dient artikel 41, lid 1, juncto artikel 36, lid 1, van [richtlijn 2007/64] aldus te worden uitgelegd dat in een dergelijk geval

- a) de informatie door de bank weliswaar op een duurzame drager wordt aangeboden, maar niet wordt verstrekt aan de klant en hem alleen ter beschikking wordt gesteld, of
- b) er slechts sprake is van het ter beschikking stellen van de informatie zonder dat er een duurzame drager wordt gebruikt?”

16. Het verzoek om een prejudiciële beslissing is bij het Hof neergelegd op 15 juli 2015. BAWAG, de Verein für Konsumenteninformation, de Italiaanse en de Poolse regering alsmede de Europese Commissie hebben schriftelijke opmerkingen ingediend. Op 30 juni 2016 vond een terechtzitting plaats waar de Verein für Konsumenteninformation, BAWAG en de Commissie pleidooi hebben gehouden.

#### IV – Analyse

##### A – *Opmerkingen vooraf*

17. Alvorens de vragen van het Oberste Gerichtshof te bespreken, behoeven de volgende drie punten enige opheldering.

##### *1. De relevante bepalingen van richtlijn 2007/64*

18. Ten eerste is, hoewel de verwijzende rechter zijn vragen heeft betrokken op artikel 41, lid 1, van richtlijn 2007/64 „juncto” artikel 36, lid 1, van die richtlijn, enkel de eerste bepaling rechtstreeks relevant voor de onderhavige zaak.

19. Uit de in de verwijzingsuitspraak vervatte informatie blijkt dat het litigieuze beding deel uitmaakt van een overeenkomst voor online bankieren. Deze e-bankingovereenkomst wordt gesloten als aanvulling op een raamcontract. Het litigieuze beding betreft derhalve de verstrekking van informatie onder raamcontracten. Om deze reden is artikel 36, lid 1, van richtlijn 2007/64, dat alleen betrekking heeft op eenmalige betalingstransacties, dat wil zeggen betalingstransacties die niet vallen onder een raamcontract, niet rechtstreeks op de onderhavige zaak van toepassing.

20. Artikel 36, lid 1, is nog wel van belang voor de systematische uitlegging van de richtlijn als geheel. Het regelt de wijze waarop informatie over eenmalige betalingstransacties ter beschikking moet worden gesteld, die uitdrukkelijk verschilt van de wijze waarop informatie bij raamcontracten moet worden verstrekt. De vermelding van artikel 36, lid 1, in de vragen van de verwijzende rechter dient derhalve te worden verstaan als een verzoek om een uitlegging van de beide bepalingen in hun onderlinge verband, aangezien de richtlijn de twee bepalingen inzake informatievereisten (artikel 36 en artikel 41) in onderlinge samenhang met elkaar heeft opgesteld.

21. Ten tweede is het duidelijk dat het litigieuze beding verwijst naar een aantal (vanuit het oogpunt van richtlijn 2007/64) tamelijk verschillende punten. Het noemt „[b]erichten en overzichten (in het bijzonder rekeninginformatie, rekeningoverzichten, creditcardafrekeningen, kennisgevingen van wijzigingen enz.) [...]”. Zoals echter werd bevestigd door de schriftelijke en mondelinge opmerkingen die bij het Hof zijn ingediend, heeft de onderhavige zaak in feite slechts betrekking op het laatstgenoemde punt, te weten „kennisgevingen van wijzigingen”, omdat alleen deze wijzigingen in raamcontracten kunnen betreffen.



22. De bepaling van richtlijn 2007/64 die van belang is voor de wijziging van raamcontracten is artikel 44. Artikel 44, lid 1, bepaalt: „Elke wijziging in het raamcontract [...] wordt door de betalingsdienstaanbieder voorgesteld op dezelfde wijze als in artikel 41, lid 1 [...]”. Daarom stel ik vast dat artikel 41, lid 1, en artikel 44, lid 1, de in de context van de onderhavige zaak relevante bepalingen van richtlijn 2007/64 zijn.

## 2. Formulering van de gestelde vragen

23. Uit de formulering van de onderhavige prejudiciële verwijzing blijkt dat een verband wordt voorondersteld tussen het soort *hulpmiddel* dat voor de communicatie wordt gebruikt en de *wijze* waarop de informatie wordt gecommuniceerd. Betekent het feit dat er een duurzame drager wordt gebruikt per definitie dat de informatie wordt „verstrekkt”? En wanneer de informatie niet door middel van een duurzame drager wordt meegedeeld, wordt ze dan enkel „ter beschikking gesteld”?

24. Mijns inziens moeten deze twee aspecten – het soort hulpmiddel dat voor de communicatie wordt gebruikt en de wijze waarop informatie wordt gecommuniceerd – afzonderlijk van elkaar worden beschouwd. De vraag van de drager staat los van de wijze waarop de informatie wordt overgebracht.

25. Niets in richtlijn 2007/64 wijst erop dat het voor de informatie gebruikte hulpmiddel en de wijze van overdracht van de informatie samen moeten gaan. Integendeel leggen diverse overwegingen van de richtlijn uit dat het om twee verschillende kwesties gaat. Overweging 24 verklaart wat een „duurzame drager” is en geeft daar voorbeelden van. Overweging 27 zet de twee manieren uiteen waarop informatie volgens de richtlijn kan worden gecommuniceerd („verstrekken” en „ter beschikking stellen”). Men kan zich derhalve omstandigheden voorstellen waarin informatie, ook indien deze zich bevindt op een „duurzame drager”, niet daadwerkelijk aan de consument wordt „verstrekkt” maar slechts „ter beschikking wordt gesteld”, zoals blijkt uit diverse bepalingen van de richtlijn.<sup>5</sup>

26. Om die redenen kunnen de twee prejudiciële vragen worden vereenvoudigd en geformuleerd als volgt: 1) Vormt de informatie in de e-bankingmailbox informatie op een „duurzame drager”, en 2) wordt die informatie dan „verstrekkt” door de bank (en niet louter „ter beschikking gesteld”)?

## 3. De feiten volgens de verwijzingsuitspraak

27. De verwijzende rechter heeft vastgesteld dat in het kader van de onderhavige procedure in aanmerking moet worden genomen, dat de elektronische berichten die de bank via haar e-bankingsysteem naar de e-bankingmailbox van haar klanten stuurt, niet kunnen worden gewijzigd. Gedurende een periode die aan het doel van de informatie is aangepast, worden deze door de bank niet gewist. De informatie kan worden geraadpleegd en er kan een identieke (elektronische of geprinte) kopie van worden gemaakt. De berichten kunnen door de cliënt worden beheerd en gewist.

28. Deze vaststellingen worden echter betwist door de Verein für Konsumenteninformation. Naar haar oordeel gaat de verwijzende rechter reeds over tot juridische kwalificatie van de feiten.

29. Volgens vaste rechtspraak is de procedure van artikel 267 VWEU gebaseerd op een duidelijke scheiding van de functies van de nationale rechter en het Hof. Het is de uitsluitende taak van de verwijzende rechter om de feiten in de voor hem liggende zaak vast te stellen en te beoordelen.<sup>6</sup>

5 — Artikel 43 bijvoorbeeld bepaalt dat de betalingsdienstgebruiker het recht heeft om de contractuele voorwaarden „op papier of op een andere duurzame drager” op te vragen (het initiatief ligt dus bij de klant).

6 — Zie bijvoorbeeld arresten van 18 februari 2016, Finanmadrid EFC (C-49/14, EU:C:2016:98, punt 27 en aldaar aangehaalde rechtspraak), en 3 september 2015, Costea (C-110/14, EU:C:2015:538, punt 13 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

30. In de onderhavige zaak heeft de verwijzende rechter vrij gedetailleerd aandacht besteed aan de kenmerken van het litigieuze e-bankingsysteem en de mailbox. In mijn bespreking hieronder in deel B, onder 1, van deze conclusie zal ik derhalve de draagwijdte van het begrip „duurzame drager” in richtlijn 2007/64 verduidelijken.

31. De bij het Hof ingediende opmerkingen werpen vragen op met betrekking tot de vereisten waaraan op het internet gebaseerde communicatiesystemen dienen te voldoen om te kunnen worden aangemerkt als „duurzame dragers”. Ook al is de nationale rechter bij uitsluiting bevoegd om de technische kenmerken van het onderhavige e-bankingsysteem van BAWAG, als van feitelijke aard, te beoordelen, kan de uitlegging van de definitie van „duurzame drager” in richtlijn 2007/64 tegen deze achtergrond enkele nuttige criteria opleveren.

## **B – Analyse**

### *1. Duurzame drager*

32. De materiële voorwaarden waaraan een hulpmiddel of apparaat moet voldoen om te worden aangemerkt als „duurzame drager”, zijn genoemd in de definitie van artikel 4, punt 25, van richtlijn 2007/64: a) persoonlijk aan de klant gerichte informatie moet op zodanige wijze kunnen worden opgeslagen dat deze gedurende een passende periode kan worden geraadpleegd, en b) de ongewijzigde reproductie van de opgeslagen informatie moet zijn gegarandeerd.

33. Dezelfde punten zijn ook te vinden in verschillende andere instrumenten van secundair Unierecht die het begrip „duurzame drager” gebruiken. Dat begrip, oorspronkelijk ingevoerd bij richtlijn 97/7/EG op het gebied van op afstand gesloten overeenkomsten<sup>7</sup>, biedt een alternatief voor papier als hulpmiddel of drager voor informatie. Hoewel richtlijn 97/7 geen definitie gaf van „duurzame drager”, bevestigde het Hof met een beroep op de definitiebestanddelen van „duurzame drager” die de Uniewetgever in andere regelingen had gegeven, de uniforme betekenis van dit begrip in het Unierecht.<sup>8</sup> De in punt 32 hierboven genoemde definitiebestanddelen zijn ook aanwezig in latere secundaire wetgeving<sup>9</sup> en in uitvoeringshandelingen.<sup>10</sup>

7 — Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad van 20 mei 1997 betreffende de bescherming van de consument bij op afstand gesloten overeenkomsten (PB 1997, L 144, blz. 19), ingetrokken bij richtlijn 2011/83/EU van het Europees Parlement en de Raad van 25 oktober 2011 betreffende consumentenrechten, tot wijziging van richtlijn 93/13/EEG van de Raad en van richtlijn 1999/44/EG van het Europees Parlement en de Raad en tot intrekking van richtlijn 85/577/EEG en van richtlijn 97/7/EG van het Europees Parlement en de Raad (PB 2011, L 304, blz. 64). Artikel 5 van richtlijn 97/7 bepaalde dat de consument vooraf schriftelijk of „op een te zijner beschikking staande en voor hem toegankelijke drager” de in artikel 4, lid 1, onder a) tot en met f), van die richtlijn genoemde informatie moest ontvangen.

8 — Arrest van 5 juli 2012, Content Services (C-49/11, EU:C:2012:419, punt 44). Het Hof verwees naar artikel 2, onder f), van richtlijn 2002/65/EG van het Europees Parlement en de Raad van 23 september 2002 betreffende de verkoop op afstand van financiële diensten aan consumenten en tot wijziging van de richtlijnen 90/619/EEG, 97/7/EG en 98/27/EG van de Raad (PB 2002, L 271, blz. 16); artikel 2, punt 12, van richtlijn 2002/92/EG van het Europees Parlement en de Raad van 9 december 2002 betreffende verzekeringsbemiddeling (PB 2003, L 9, blz. 3); artikel 3, onder m), van richtlijn 2008/48, en artikel 2, punt 10, van richtlijn 2011/83.

9 — Zie bijvoorbeeld artikel 2, lid 1, onder h), van richtlijn 2008/122/EG van het Europees Parlement en de Raad van 14 januari 2009 betreffende de bescherming van de consumenten met betrekking tot bepaalde aspecten van overeenkomsten betreffende gebruik in deeltijd, vakantieproducten van lange duur, doorverkoop en uitwisseling (PB 2009, L 33, blz. 10); artikel 2, lid 1, onder m), van richtlijn 2009/65/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 juli 2009 tot coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende bepaalde instellingen voor collectieve belegging in effecten (icbe's) (PB 2009, L 302, blz. 32); artikel 2, punt 17, van richtlijn 2014/92/EU van het Europees Parlement en de Raad van 23 juli 2014 betreffende de vergelijkbaarheid van de in verband met betaalrekeningen aangerekende vergoedingen, het overstappen naar een andere betaalrekening en de toegang tot betaalrekeningen met basisfuncties (PB 2014, L 257, blz. 214); artikel 4, lid 1, punt 62, van richtlijn 2014/65/EU van het Europees Parlement en de Raad van 15 mei 2014 betreffende markten voor financiële instrumenten en tot wijziging van richtlijn 2002/92/EG en richtlijn 2011/61/EU (PB 2014, L 173, blz. 349), en artikel 2, lid 1, punt 18, van richtlijn (EU) 2016/97 van het Europees Parlement en de Raad van 20 januari 2016 betreffende verzekeringsdistributie (herschikking) (PB 2016, L 26, blz. 19).

10 — Zie bijvoorbeeld artikel 2, punt 2, van richtlijn 2006/73/EG van de Commissie van 10 augustus 2006 tot uitvoering van richtlijn 2004/39/EG van het Europees Parlement en de Raad wat betreft de door beleggingsondernemingen in acht te nemen organisatorische eisen en voorwaarden voor de bedrijfsuitoefening en wat betreft de definitie van begrippen voor de toepassing van genoemde richtlijn (PB 2006, L 241, blz. 26).

34. De kernbestanddelen van de definitie – opslagmogelijkheid en reproductie – zijn ook terug te vinden in andere instrumenten die niet uitdrukkelijk naar het begrip „duurzame drager” verwijzen, zoals richtlijn 2000/31/EG inzake elektronische handel.<sup>11</sup>

*a) Duurzame dragers en internet*

35. De introductie van het begrip „duurzame drager” en de bestanddelen van de definitie ervan geven blijk van de wens van de Uniewetgever om een evenwicht te vinden in de spanning tussen i) de noodzaak van aanpassing aan de ontwikkeling van de technologie waardoor commerciële transacties via internet en andere elektronische communicatiemethoden steeds sneller gaan, en ii) de bescherming van de consumentenrechten door middel van consumentenvoorlichting. Door in specifieke situaties de drager „papier” gelijk te stellen aan andere „duurzame dragers”, erkent het Unierecht de technologische ontwikkeling en het economische belang van zowel klanten als dienstenaanbieders om het gebruik van papier als drager terug te dringen.

36. Tegelijkertijd beogen de bestanddelen van de definitie van „duurzame drager” (opslagmogelijkheid en ongewijzigde reproductie) de consument als de meer kwetsbare partij in de contractuele verhouding te beschermen, door te voorkomen dat hij informatie slechts in vergankelijke vorm ontvangt<sup>12</sup> en dat dienstverleners informatie eenzijdig kunnen wijzigen. Deze kenmerken betekenen dat, in de woorden van advocaat-generaal Mengozzi, „het de klant is die de controle over de informatie heeft en niet langer degene die deze verstrekt”.<sup>13</sup>

37. Ondanks de betrekkelijke duidelijkheid van de definitie van het begrip „duurzame drager” gaat de discussie in de onderhavige zaak erover, of via een e-bankingmailbox verstuurd berichten beantwoorden aan de hierboven in punt 32 genoemde kenmerken van „duurzame dragers”.

38. De Verein für Konsumenteninformation gaat ervan uit dat e-mail en websites niet als „duurzame dragers” kunnen worden beschouwd omdat zij geen fysiek opslagmiddel kunnen vormen.

39. Deze opvatting kan mijns inziens niet worden gevolgd.

40. Het is inmiddels duidelijk dat de definitie van het begrip „duurzame drager” een flexibel karakter heeft. Het Hof heeft dat begrip beschouwd als „functioneel gelijkwaardig” aan papier<sup>14</sup>, en het daarmee ontdaan van eventuele vooropgezette ideeën over hoe het materiële medium van informatie er zou moeten uitzien.

41. Voorts bevestigt de vermelding van „elk hulpmiddel” in artikel 4, punt 25, van richtlijn 2007/64 dat „duurzame drager” ruim moet worden opgevat en geen enkele vorm van communicatie op voorhand uitsluit.

11 — Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad van 8 juni 2000 betreffende bepaalde juridische aspecten van de diensten van de informatiemaatschappij, met name de elektronische handel, in de interne markt (PB 2000, L 178, blz. 1), waarin artikel 10, lid 3, luidt: „De voorwaarden van het contract en de algemene voorwaarden van het contract moeten de afnemer op een zodanige wijze ter beschikking worden gesteld dat hij deze kan opslaan en weergeven.”

12 — Zie voor een analoog geval de conclusie van advocaat-generaal Sharpston in de zaak Home Credit Slovakia (C-42/15, EU:C:2016:431, punt 24).

13 — Conclusie van advocaat-generaal Mengozzi in de zaak Content Services (C-49/11, EU:C:2012:126, punt 42).

14 — Arrest van 5 juli 2012, Content Services (C-49/11, EU:C:2012:419, punten 40 en 42).



42. Het begrip „duurzame drager” staat derhalve los van de fysieke structuur of de hardware-eigenschappen van een drager of hulpmiddel. Het sluit aan bij de *functionele* kenmerken die de werking daarvan bepalen en waardoor het kan beantwoorden aan de vereisten van opslag en ongewijzigde reproductie in artikel 4, punt 25, van de richtlijn. Zolang aan die voorwaarden wordt voldaan, kan de feitelijke aard en vorm van een „duurzame drager” derhalve in de loop der tijd veranderen met de evolutie van de technische mogelijkheden.

43. Het is een feit dat de ontwikkeling van de Uniewetgeving van enige onzekerheid getuigt wat betreft de vraag of op het internet gebaseerde communicatie aan de vereisten van „duurzame dragers” kan voldoen. Overweging 20 van richtlijn 2002/65 en artikel 2, punt 12, van richtlijn 2002/92 geven blijk van een zekere terughoudendheid jegens het internet; daar wordt immers gezegd dat internetwebsites niet onder het begrip „duurzame drager” zijn begrepen, tenzij ze voldoen aan de in de definitie opgenomen criteria.

44. Overweging 23 van richtlijn 2011/83 noemt e-mails echter wel als voorbeeld van duurzame dragers. Bovendien heeft richtlijn 2007/64 misschien de terughoudendheid ten opzichte van internet-sites wel gekeerd. Overweging 24 van die richtlijn noemt als voorbeeld van „duurzame dragers” nu ook uitdrukkelijk internetwebsites, mits deze „gedurende een voor het doel van de informatie gepaste periode kunnen worden geraadpleegd en de opgeslagen informatie daarmee ongewijzigd kan worden gereproduceerd”.

45. Ten slotte werd de erkenning dat een internetwebsite, al naargelang van de functionele eigenschappen ervan, een „duurzame drager” kan zijn, ook bevestigd door het Hof van de Europese Vrijhandelsassociatie (EVA) in diens arrest Inconsult Anstalt/Finanzmarktaufsicht<sup>15</sup>, in een zaak over de uitlegging van het begrip „duurzame drager” in richtlijn 2002/92. In dat arrest oordeelde het EVA-Hof dat „gewone” websites weliswaar niet zouden voldoen aan de criteria voor een duurzame drager<sup>16</sup>, maar dat dit voor meer „geavanceerde” websites wellicht wel het geval zou kunnen zijn.<sup>17</sup>

46. De gevolgtrekking op dit punt moet derhalve zijn, dat de mogelijkheid dat op het internet berustende communicatiesystemen als „duurzame dragers” kunnen worden aangemerkt niet op voorhand kan worden uitgesloten. Voorwaarde is echter wel dat de functie en de werking ervan voldoen aan de vereisten van artikel 4, punt 25, van richtlijn 2007/64, zoals hierboven in punt 32 van deze conclusie uiteengezet.

#### *b) Een „e-bankingmailbox” als duurzame drager*

47. BAWAG en de Commissie zijn in het licht van de in de verwijzingsuitspraak vervatte informatie van oordeel dat de onderhavige e-bankingmailbox voldoet aan de vereisten van artikel 4, punt 25, van de richtlijn.

48. De Verein für Konsumenteninformation stelt daarentegen dat het onderhavige e-bankingsysteem niet aan de genoemde vereisten voldoet, aangezien BAWAG zelf beheerder is van de server die de mailbox aanbiedt. Daarom is niet gegarandeerd dat de informatie in de mailbox ongewijzigd blijft. De dienstenaanbieder kan voorts gebruikers de toegang ontzeggen. De Poolse regering sluit hierbij aan met haar opvatting dat e-mails en in het kader van online bankieren verzonden berichten twee te

15 — Arrest EVA-Hof van 27 januari 2010, E-4/09 (*EFTA Court Report* 2010, blz. 86).

16 — Het EVA-Hof oordeelde, in punt 63 van zijn arrest van 27 januari 2010, Inconsult Anstalt/Finanzmarktaufsicht (E-4/09, *EFTA Court Report* 2010, blz. 86), dat „een gewone website” – die dient als dynamische elektronische host of portaal voor de verstrekking van informatie die over het algemeen vrij kan worden gewijzigd door de eigenaar van de website – niet voldoet aan de voorwaarde dat ongewijzigde weergave gegarandeerd moet zijn, en derhalve niet als duurzame drager kan worden beschouwd.

17 — Dit onderscheid is te vinden in het verslag van de European Securities Markets Expert Group (ESME) van 2007 „On durable medium – Distance Marketing Directive and Markets in Financial Instruments Directive”, toegankelijk via [http://ec.europa.eu/finance/securities/docs/esme/durable\\_medium\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/finance/securities/docs/esme/durable_medium_en.pdf)

onderscheiden instrumenten zijn, aangezien betalingsdienstaanbieders in het laatste geval over het algemeen in staat zijn berichten eenzijdig te wijzigen of de toegang ertoe te blokkeren, in het bijzonder na beëindiging van een contract, zodat de identieke reproductie van de informatie niet is gegarandeerd.

49. Of een e-bankingmailbox kan worden aangemerkt als „duurzame drager” hangt er mijns inziens vanaf of wordt voldaan aan de voorwaarden in artikel 4, punt 25, van richtlijn 2007/64, wat aan de nationale rechter staat om te beoordelen, met inachtneming van de door het Hof aangereikte uitleggingscriteria.

50. Het arrest Content Services van het Hof is voor de onderhavige kwestie maar van beperkt nut. In die zaak, in de context van richtlijn 97/7, oordeelde het Hof dat alleen een hyperlink op een website waarmee informatie voor de consument toegankelijk wordt gemaakt, niet kan worden aangemerkt als „duurzame drager” in de zin van artikel 5, lid 1, van die richtlijn.<sup>18</sup> Het Hof kwam echter niet toe aan beoordeling van de situatie dat een website de consument in staat stelt informatie op te slaan, die te raadplegen en te reproduceren.<sup>19</sup> Een dergelijke situatie is echter wel beoordeeld door het EVA-Hof in de zaak Inconsult Anstalt/Finanzmarktaufsicht.<sup>20</sup>

51. In navolging van het EVA-Hof in het arrest Inconsult Anstalt/Finanzmarktaufsicht ben ik van oordeel dat verschillende soorten technische voorzieningen, zoals via internet toegankelijke mailboxen, afhankelijk van de kenmerken en aangeboden functies ervan kunnen voldoen aan de aan „duurzame dragers” gestelde eisen.

52. Zonder uitpuddend te willen zijn of te willen afdoen aan het scala van mogelijke technische voorzieningen die kunnen voldoen aan de vereisten van artikel 4, punt 25, van richtlijn 2007/64, zijn er mijns inziens twee scenario's waarin e-bankingmailboxen als „duurzame dragers” zouden kunnen worden aangemerkt.<sup>21</sup> In het eerste wordt een e-bankingmailbox op zichzelf geacht aan de voorwaarden voor een „duurzame drager” te voldoen. In het tweede kan een dergelijk systeem worden beschouwd als doorgangsweg voor het versturen van elektronische documenten die, indien aangeleverd in een geschikt format, zelf „duurzame dragers” zijn. In beide gevallen is de cruciale vraag of de informatie gedurende een passende periode kan worden opgeslagen en of de ongewijzigde reproductie ervan wordt gewaarborgd. In beide scenario's vooronderstelt het bestaan van een „mailbox” een beveiligde, autonome ruimte voor de opslag, waar gebruikers met behulp van een gebruikersnaam en een wachtwoord toegang toe hebben.

53. In het eerste scenario vormt de e-bankingmailbox een systeem dat betalingsdienstaanbieders toestaat informatie te verzenden en betalingsdienstgebruikers toestaat die informatie op te slaan en te reproduceren. In dat geval komt het onderscheid tussen de functies van de mailbox als „duurzame drager” enerzijds en als „hulpmiddel voor opslag” anderzijds grotendeels te vervallen.

54. Wat het vereiste van opslagmogelijkheid betreft, moet de informatie geraadpleegd kunnen worden gedurende een aan het doel van de informatie aangepaste periode, dat wil zeggen, zo lang deze voor de betalingsdienstgebruiker van belang is voor de bescherming van zijn belangen ten opzichte van de betalingsdienstaanbieder.<sup>22</sup> De tijdruimte waarin de informatie beschikbaar blijft, kan dus variëren naargelang van de inhoud van die informatie en de contractuele rechten en verplichtingen in

18 — Arrest van 5 juli 2012, Content Services (C-49/11, EU:C:2012:419, punt 51).

19 — Arrest van 5 juli 2012, Content Services (C-49/11, EU:C:2012:419, punt 46).

20 — Arrest EVA-Hof van 27 januari 2010, Inconsult Anstalt/Finanzmarktaufsicht (E-4/09, EFTA Court Report 2010, blz. 86).

21 — Het arrest EVA-Hof van 27 januari 2010, Inconsult Anstalt/Finanzmarktaufsicht (E-4/09, EFTA Court Report 2010, blz. 86) onderscheidde deze twee scenario's met betrekking tot websites in het algemeen. Zie de punten 64 e.v. van dat arrest.

22 — Zie in deze zin arrest EVA-Hof van 27 januari 2010, Inconsult Anstalt/Finanzmarktaufsicht (E-4/09, EFTA Court Report 2010, blz. 86, punt 44).

kwestie.<sup>23</sup> Waar het wijzigingen in de voorwaarden van het raamcontract betreft, kan de toegankelijkheid voortduren tot nadat de rekening is gesloten of het contract is beëindigd, zodat de betalingsdienstgebruiker zich op de hoogte kan stellen van zijn contractuele rechten en ze zo nodig geldend kan maken.

55. Wanneer de kwestie van de opslag van informatie voor een passende periode is opgelost, moet nog worden voldaan aan het vereiste van „ongewijzigde reproductie”. Ongewijzigde reproductie houdt in dat het voor de betalingsdienstaanbieder technisch onmogelijk moet zijn om eenmaal aan de gebruiker verzonden informatie nog eenzijdig te wijzigen of te wissen.<sup>24</sup> Daarom is het onwaarschijnlijk dat een mailbox die door de betalingsdienstaanbieder wordt aangeboden en beheerd, en dus technisch gesproken onder diens controle staat, voldoet aan de eis van „ongewijzigde reproductie”.

56. Ondanks dat de context van nieuwe technologieën de schijn van complexiteit wekt, is de kern van het probleem opmerkelijk eenvoudig: het onderliggende doel van de wetgeving inzake de voorlichting van consumenten bij de sluiting of wijziging van contracten is, consumenten op een bepaalde wijze te informeren en hen in staat te stellen die informatie voor latere bewijsdoeleinden in een veilig format te bewaren. Zonder kwaadwilligheid aan de zijde van een van de contractpartijen te insinueren, kan een „mailbox” die onder controle van een dienstenaanbieder staat per definitie niet garanderen dat consumenten in die mailbox afgeleverde informatie in een veilig format kunnen bewaren voor toekomstige raadpleging of gebruik. Om een parallel te trekken met het „pre-virtuele” tijdperk: een dergelijke mailbox vertoont overeenkomsten met een situatie waarin een klant papieren afschriften van zijn contracten met een bank ontving, maar die contractuele documenten verplicht moesten worden opgeslagen in een archiefruimte in de bank zelf. Papier mag dan redelijk duurzaam zijn, maar vanuit het oogpunt van de klant kan van de informatie in die gearchiveerde contractuele documenten nauwelijks worden gezegd dat deze toegankelijk is „om te worden geraadpleegd” en dat daarmee „de opgeslagen informatie ongewijzigd kan worden gereproduceerd” in de zin van artikel 4, punt 25, van richtlijn 2007/64.

57. Er is echter nog het hierboven genoemde tweede scenario. In de context van het eerste scenario was de discussie, evenals in de meeste opmerkingen die in de onderhavige zaak zijn ingediend, toegespitst op de vraag of de mailbox zelf als „duurzame drager” kan worden aangemerkt. Deze focus kan echter misleidend zijn. Een mailbox kan gezien worden als een portaal voor de levering van informatie. In dit tweede scenario wordt de mailbox niet zelf beschouwd als de drager van de informatie. Met andere woorden, de mailbox van een e-bankingsysteem zou beschouwd kunnen worden als een „poort” waar de relevante informatie in de vorm van elektronische documenten doorheen wordt geleid. Bij aanvaarding van deze zienswijze wordt de kernvraag niet „wat zijn de technische kenmerken van de mailbox?”, maar „hoe zien de afzonderlijke berichten eruit die via de mailbox worden verzonden?”.

58. Wat de aan het format van de verschaft informatie te stellen eisen betreft: de aan de klant persoonlijk gerichte informatie moet zijn vervat in een elektronisch document in een format dat de ongewijzigde weergave van die informatie waarborgt. Zonder op de mogelijke technische oplossingen vooruit te lopen kan dit worden verzekerd door een elektronisch format dat wijzigingen verhindert en de authenticiteit van de informatie in redelijke mate garandeert, mocht de klant zich daar later op willen beroepen.

23 — Ibidem.

24 — Zie in deze zin arrest EVA-Hof van 27 januari 2010, Inconsult Anstalt/Finanzmarktaufsicht (E-4/09, *EFTA Court Report* 2010, blz. 86, punt 66).

59. Aangezien de mailbox in het tweede scenario slechts het kanaal is waarlangs de documenten verzonden worden maar niet het opslagmiddel zelf, moeten de elektronische documenten apart kunnen worden opgeslagen, zodanig dat de gebruiker ze kan downloaden en/of afdrukken. Wegens het conceptuele onderscheid in dit scenario tussen de mailbox als doorgangspoort en als opslagmiddel betekent het vereiste van opslagmogelijkheid, dat de mailbox via een gebruikersvriendelijke interface onder de aandacht van de klant moet brengen dat informatie is binnengekomen en op welke wijzen deze kan worden opgeslagen. Zoals het EVA-Hof onderstreepte, moet de mailbox „eigenschappen hebben die de consument vrijwel zeker ertoe brengen de informatie hetzij op papier veilig te stellen, hetzij op te slaan op een andere duurzame drager”.<sup>25</sup>

60. Wanneer de relevante informatie is verzonden in de vorm van een elektronisch document dat zelf een „duurzame drager” is, zou de mogelijkheid voor de klant om het elektronische document op te slaan op de persoonlijke harde schijf of om de afgedrukte versie te bewaren in een persoonlijk dossier, in beginsel voldoen aan het temporele criterium betreffende de toegankelijkheid van de opgeslagen informatie. Er moet echter op worden gewezen dat de betalingsdienaarbieder door het aanmaken van een „mailbox” de schijn wekt van een eigen ruimte met een zekere opslagcapaciteit voor de consument. Dat betekent dat de periode waarbinnen de berichten in de vorm van elektronische documenten in de mailbox zelf toegankelijk blijven, moet zijn aangepast aan het doel van de betrokken informatie, tenzij naar de klant toe duidelijk is aangegeven dat het elektronische document slechts tijdelijk in de e-bankingmailbox kan worden opgeslagen en dat het na een redelijke, uitdrukkelijke genoemde periode zal verdwijnen.

61. Aan het vereiste dat informatie zich bevindt op een „duurzame drager” in de zin van artikel 4, punt 25, van richtlijn 2007/64 wordt naar mijn mening derhalve voldaan wanneer de informatie in een makkelijk toegankelijk en veilig format wordt verzonden via een elektronische mailbox, waar de klant naar believen met die informatie kan omgaan. Om die situatie te vergelijken met een postkantoor: dit komt in feite op hetzelfde neer als het aan de klant overhandigen van een brief. Wat elke afzonderlijke klant ermee doet (opbergen of weggooien) is helemaal diens eigen zaak.

62. Hieraan moet ten slotte worden toegevoegd dat de twee beschreven scenario's elkaar niet wederzijds uitsluiten. Wel moet mijns inziens, wil worden voldaan aan de eisen van communicatie op een „duurzame drager”, ten minste één van die scenario's zich voordoen. De technische kenmerken van de twee alternatieven kunnen echter ook worden gecombineerd. Een e-bankingsysteem bijvoorbeeld, dat waarborgt dat de gebruiker van de dienst de controle over zijn mailbox houdt en dat de dienstenaarbieder informatie niet eenzijdig kan wijzigen of wissen, kan tegelijkertijd functioneren als doorgangspoort voor het aanleveren van relevante informatie door middel van elektronische documenten in een format dat de onaantastbaarheid ervan garandeert, de mogelijkheid van opslag verzekert, en de gebruiker in staat stelt het document te bewaren door het af te drukken of te downloaden.

63. Op grond van het bovenstaande ben ik van mening dat artikel 44, lid 1, juncto artikel 41, lid 1, en artikel 4, punt 25, van richtlijn 2007/64 aldus moet worden uitgelegd dat informatie die door een betalingsdienaarbieder aan de e-bankingmailbox van de klant wordt meegedeeld, informatie op een „duurzame drager” vormt, mits de e-bankingmailbox de betalingsdienstgebruiker in staat stelt om aan hem persoonlijk gerichte informatie zodanig op te slaan dat hij deze kan raadplegen gedurende een periode die is aangepast aan het doel van de informatie. De mailbox moet voorts de ongewijzigde reproductie van de opgeslagen informatie mogelijk maken, zodat de dienstenaarbieder de toegang daartoe alsmede het wijzigen of wissen van die informatie wordt belet. Een e-bankingmailbox kan

25 — Arrest EVA-Hof van 27 januari 2010, Inconsult Anstalt/Finanzmarktaufsicht (E-4/09, *EFTA Court Report* 2010, blz. 86, punten 64 en 65).



eveneens een geschikt kanaal vormen voor de mededeling van informatie in de vorm van elektronische documenten, wanneer die documenten zelf voldoen aan de vereisten voor een „duurzame drager” en een dergelijk systeem de gebruiker ertoe aanzet die documenten door middel van een eenvoudig toegankelijke functie elektronisch op te slaan en/of af te drukken.

## 2. „Verstrekken” of „ter beschikking stellen” van informatie

64. Mocht de nationale rechter van oordeel zijn dat de onderhavige e-bankingmailbox of de daarin verstrekte informatie voldoet aan de voorwaarden om als „duurzame drager” te worden aangemerkt, dan moet hij nog uitmaken of de informatie in „berichten van wijzigingen” geacht kan worden in de zin van artikel 41, lid 1, van richtlijn 2007/64 „verstrekkt” te zijn.

65. Zoals hierboven in punt 25 van deze conclusie reeds uiteengezet, kent richtlijn 2007/64 twee verschillende regelingen voor het communiceren van informatie, met voor elk verschillende vereisten.

66. De Italiaanse regering wees in haar schriftelijke opmerkingen terecht erop, dat de verschillen in terminologie tussen enerzijds de artikelen 36 en 37 („ter beschikking stellen” van informatie), en anderzijds de artikelen 41 en 42 („verstrekken” van informatie) van richtlijn 2007/64 een verschil in de standaard voor het medelen van informatie aan betalingsdienstgebruikers tot uitdrukking brengen. Waar de richtlijn spreekt van „verstrekken” doelt zij mijns inziens op een strengere informatieverplichting.

67. Informatie met betrekking tot wijzigingen in de voorwaarden van raamcontracten, waar het in de onderhavige zaak om gaat, wordt geregeld in artikel 44, lid 1, van richtlijn 2007/64. De eerste alinea hiervan bepaalt dat elke wijziging in een raamcontract, alsmede de in artikel 42 vermelde informatie en voorwaarden, uiterlijk twee maanden vóór de datum van de beoogde inwerkingtreding ervan moet worden voorgesteld door de betalingsdienstaanbieder op de in artikel 41, lid 1, bepaalde wijze. Volgens artikel 41, lid 1, van de richtlijn moet de desbetreffende informatie worden „verstrekkt”.

68. Overweging 27 van richtlijn 2007/64 biedt nuttige aanwijzingen over de termen „verstrekken” en „ter beschikking stellen”. Volgens die overweging wordt informatie „verstrekkt” wanneer deze „actief word[t] meegedeeld door de betalingsdienstaanbieder op het gepaste tijdstip [...] zonder verder verzoek van de betalingsdienstgebruiker”.

69. Wordt de informatie „ter beschikking gesteld”, moet de gebruiker een actievere rol spelen en de betalingsdienstaanbieder om de informatie verzoeken. Overweging 27 van richtlijn 2007/64 geeft de volgende voorbeelden van „ter beschikking stellen”: de betalingsdienstaanbieder expliciet verzoeken, *inloggen op de mailbox van een bankrekening*, of een bankpas in een printer invoeren om bankafschriften te verkrijgen. Het begrip „ter beschikking stellen” veronderstelt dus een actievere rol voor de betalingsdienstgebruiker, die zelf de dienstenaanbieder moet benaderen om de informatie te verkrijgen.

70. Dat overweging 27 „inloggen op de mailbox van een bankrekening” noemt als voorbeeld van een geval van „ter beschikking stellen” is niet, anders dan de verwijzende rechter beweert, in tegenspraak met overweging 24 van de richtlijn, die internetwebsites noemt als mogelijke „duurzame dragers”. Het feit dat een e-bankingmailbox zou kunnen voldoen aan de voorwaarden om als „duurzame drager” te worden aangemerkt, leidt niet tot de gevolgtrekking dat de bewuste informatie door de bank aan de klant is „verstrekkt”. Zoals reeds hierboven uiteengezet in de punten 23 tot en met 26, staat het hulpmiddel waarmee de informatie is verstrekt los van de wijze waarop de informatie wordt overgebracht.



71. De vermelding in overweging 27 van de richtlijn van een „mailbox van een bankrekening” als voorbeeld van het „ter beschikking stellen” van informatie, is juist ingegeven door de specifieke kenmerken van communicatie via e-bankingsystemen.

72. Voor BAWAG (en voor de verwijzende rechter) is doorslaggevend wie het initiatief voor het meedelen van de informatie heeft genomen. Volgens deze redenering is de litigieuze informatie, nu de betalingsdienstaanbieder het initiatief heeft genomen om deze via de e-bankingmailbox aan de klant te doen toekomen, „verstrekt” in de zin van artikel 41, lid 1, van richtlijn 2007/64.

73. Ik deel die opvatting niet. Mijns inziens is de vraag wie het oorspronkelijke initiatief neemt niet de enige of de beslissende factor voor de vaststelling of de informatie wordt „verstrekt” of slechts „ter beschikking wordt gesteld”. Belangrijker is de daadwerkelijke overdracht van de informatie. De informatie moet de grens van het domein van de dienstenaanbieder overschrijden om de aandachtssfeer van de gebruiker binnen te komen. Het initiatief om de informatie door een interne e-bankingmailbox te versturen mag dan bij de betalingsdienstaanbieder liggen, dat kanaal garandeert op zichzelf niet dat de informatie daadwerkelijk wordt overgebracht naar een sfeer waar deze ook onder de aandacht van de klant komt.

74. Om terug te keren tot de eerder getrokken parallel met de „pre-virtuele wereld”: een door de dienstenaanbieder beheerde e-bankingmailbox heeft veel weg van een postbus in een postkantoor of een persoonlijke kluis in een bankfiliaal. Zonder een kennisgeving of waarschuwing kunnen de daar afgeleverde, aan de klant gerichte brieven moeilijk geacht worden de persoonlijke sfeer van de klant daadwerkelijk te hebben bereikt.

75. Ik ben het met de Poolse regering eens dat onderscheiden moet worden tussen een persoonlijk e-mailadres en de interne inbox van een e-bankingsysteem. E-mail is heden ten dage een gangbaar en normaal communicatiemiddel en voor de meeste gemiddelde consumenten een deel van het dagelijks leven. Omgekeerd kan de mailbox van een e-bankingsysteem, zelfs als daaraan uiteindelijk – met enig voorbehoud – de technische kenmerken van e-mail kunnen worden gegeven, moeilijk worden gelijkgesteld aan een regelmatig gebruikt middel voor de algemene en alledaagse communicatie van de consument. Het is een omgeving die gebonden is aan diens verhouding met een specifieke entiteit (in dit geval een bank) binnen het specifieke kader van zijn bankieractiviteiten, die algemene communicatie met derden normaal gesproken niet ondersteunt. Verder kan redelijkerwijs niet worden verwacht dat consumenten dagelijks de immer toenemende elektronische communicatiesystemen raadplegen van de vele dienstenaanbieders waarmee zij contractuele betrekkingen onderhouden.

76. Derhalve verlaat zelfs de op initiatief van een betalingsdienstaanbieder in een e-bankingmailbox bezorgde informatie de bijzondere sfeer van de bank niet om door te dringen in het domein van de communicatiemiddelen waarvan klanten in hun dagelijks leven regelmatig gebruikmaken. In die zin wordt de informatie niet „verstrekt”.

77. Dit geldt te meer waar de consument, indien hij in overeenstemming met de tweede alinea van artikel 44, lid 1, [voor zover volgens artikel 42, punt 6, onder a), van de richtlijn overeengekomen] geacht wordt wijzigingen in de voorwaarden van een raamcontract te hebben aanvaard wanneer hij de betalingsdienstaanbieder niet vóór de voorgestelde datum van de inwerkingtreding ervan in kennis heeft gesteld ze niet te aanvaarden. Zoals de Poolse regering opmerkt is het, wanneer informatie slechts door middel van een interne e-bankingmailbox wordt meegedeeld, mogelijk en zelfs waarschijnlijk dat klanten zich er niet van bewust zijn dat belangrijke nieuwe informatie beschikbaar is.

78. Omwille van de volledigheid dient evenwel te worden aangetekend dat er andere technische oplossingen kunnen worden aangewend om te verzekeren dat informatie daadwerkelijk door betalingsdienstaanbieders aan hun gebruikers wordt „verstrekt”.

79. Mijns inziens kan het resultaat van „verstrekking” van informatie worden bereikt met een uit twee stappen bestaande operatie. Het systeem kan zo zijn opgezet dat een bericht of waarschuwing wordt verzonden naar het persoonlijke e-mailadres van de klant (of een tekstbericht naar diens persoonlijke telefoon, of ook een eenvoudige kennisgevingsbrief), om de aandacht van de klant erop te vestigen dat er nieuwe berichten beschikbaar zijn in zijn e-bankingmailbox. Een dergelijke procedure zou naar mijn mening een geschikte aanvulling zijn op de mededeling van informatie door middel van een e-bankingmailbox op een duurzame drager, en bewerkstelligen dat de informatie wordt „verstrekkt”. Een technische oplossing als deze zou de doeltreffende verstrekking van informatie aan de betalingsdienstgebruiker verzekeren met gelijktijdig behoud van de voordelen van het systeem van de e-bankingmailbox, zoals de mogelijkheid van ontvangstbevestiging.

80. Volgens mij zou een dergelijke benadering niet ingaan tegen de uitspraak van het Hof in het arrest *Content Services*. Het Hof verklaarde in die zaak dat, wanneer informatie die zich op de website van de verkoper bevindt enkel toegankelijk is via een aan de consument meegedeelde link, deze informatie niet aan deze consument is „verstrekkt” en evenmin door hem is „ontvangen” in de zin van artikel 5, lid 1, van richtlijn 97/7.<sup>26</sup> Niet alleen verschilt de doelstelling van richtlijn 97/7 echter van die van richtlijn 2007/64, de formulering van de relevante bepalingen in de beide instrumenten lijkt niet hetzelfde patroon te volgen.<sup>27</sup> Bovendien verschilden ook de omstandigheden in de zaak *Content Services* (waar de informatie enkel was verzonden via een link naar een website die niet voldeed aan de criteria voor een „duurzame drager”) radicaal van de omstandigheden in de onderhavige zaak.<sup>28</sup>

81. Ik ben het eens met de verwijzende rechter dat het aantal benodigde klikken (met de muis) om toegang tot de relevante informatie te verkrijgen, niet hoort te bepalen of die informatie wel of niet is „verstrekkt”. Bij raamcontracten in de zin van richtlijn 2007/64 is er immers een overeenkomst tussen de klant en de bank dat communicatie plaatsvindt via een e-bankingmailbox. Een paar keer klikken of zelfs het typen van een gebruikersnaam en een wachtwoord is een inspanning die niet meer vergt van de klant dan van hem verwacht kan worden om de hem toegezonden informatie te ontvangen.

82. Ten slotte heeft de Commissie betoogd dat het feit dat de betalingsdienstgebruiker handelingen moet verrichten om de mailbox binnen te komen, niet als initiatief van de zijde van de klant moet worden aangemerkt, aangezien hij ermee heeft ingestemd informatie via de e-bankingmailbox te ontvangen. Dit betoog heeft twee consequenties: in de eerste plaats zou alle informatie die in de interne mailbox wordt ontvangen, moeten worden geacht te zijn „verstrekkt”. In de tweede plaats zouden consumenten zichzelf door ondertekening van een overeenkomst voor online bankieren in feite vogelvrij verklaren en afstand doen van de bescherming van richtlijn 2007/64.

83. Dit argument moet naar mijn mening dus worden afgewezen.

84. Zoals overweging 20 van richtlijn 2007/64 aangeeft, verkeren consumenten en ondernemingen niet in dezelfde positie en behoeven zij niet dezelfde bescherming. De realiteit van inherent ongelijke onderhandelingsposities erkennend, vervolgt die overweging dat het belangrijk is de rechten van consumenten te waarborgen door middel van bepalingen waarvan niet bij overeenkomst kan worden afgeweken.<sup>29</sup> Zonder consumenten al te paternalistisch te willen behandelen is dit in feite de essentie van het consumentenbeschermingsrecht.

26 — Arrest van 5 juli 2012, *Content Services* (C-49/11, EU:C:2012:419, punt 37).

27 — De verschillende taalversies van artikel 5, lid 1, en artikel 4, lid 1, van richtlijn 97/7 gebruiken andere termen dan artikel 41, lid 1, en artikel 36, lid 1, van richtlijn 2007/64. Zie arrest van 5 juli 2012, *Content Services* (C-49/11, EU:C:2012:419, punt 35).

28 — Zie arrest van 5 juli 2012, *Content Services* (C-49/11, EU:C:2012:419, punt 46).

29 — De overweging preciseerd dat ondernemingen en organisaties redelijkerwijs anderszins moeten kunnen overeenkomen. Lidstaten moeten echter kunnen bepalen dat kleine ondernemingen als consumenten dienen te worden behandeld.

85. Ik geef toe dat uit artikel 42, punt 4, onder a), van de richtlijn volgt dat partijen afspraken kunnen maken over de communicatietechnieken voor de mededeling van informatie en kennisgevingen. Overweging 24 zegt in dit verband dat „[d]e betalingsdienstaanbieder en de betalingsdienstgebruiker [...] evenwel de mogelijkheid [dienen] te hebben in het raamcontract overeen te komen op welke wijze achteraf informatie over uitgevoerde betalingstransacties wordt verstrekt. Er kan bijvoorbeeld worden overeengekomen dat bij online bankieren alle informatie betreffende de betaalrekening online beschikbaar wordt gesteld.” Deze overweging, die betrekking heeft op „informatie [achteraf] over uitgevoerde betalingstransacties”, doet evenwel niet af aan de in artikel 41, lid 1, neergelegde vereisten aangaande algemene informatie vooraf, noch aan de informatieverplichtingen in verband met wijzigingen in het raamcontract volgens artikel 44 van richtlijn 2007/64.

86. Voorts voorziet artikel 34 uitdrukkelijk in afwijkingen van de informatieverplichtingen van titel III van richtlijn 2007/64. Dat artikel heeft, volgens het opschrift ervan, slechts betrekking op instrumenten voor de betaling van kleine bedragen en elektronisch geld. Volgens artikel 34, lid 1, onder b), van de richtlijn is het alleen in dat specifieke kader toegestaan om bij overeenkomst af te wijken van de informatievereisten van artikel 44.<sup>30</sup> Bovendien kan van de vereisten van artikel 44, lid 1, inzake de informatieverstrekking bij wijzigingen in raamcontracten niet bij overeenkomst worden afgeweken, zoals, met inachtneming van de bijzondere regeling van artikel 44, lid 2, van richtlijn 2007/64, wel mogelijk is inzake wijzigingen in de rentevoet of de wisselkoers.

87. Gelet op het bovenstaande ben ik van oordeel dat artikel 44, lid 1, juncto artikel 41, lid 1, van richtlijn 2007/64 aldus moet worden uitgelegd dat informatie met betrekking tot wijzigingen in een raamcontract die door een betalingsdienstaanbieder alleen via een e-bankingmailbox aan de betalingsdienstgebruiker wordt meegedeeld, niet wordt „verstrekkt” in de zin van artikel 41, lid 1, van die richtlijn, maar slechts „ter beschikking wordt gesteld”.

## V – Conclusie

88. In het licht van het voorgaande geef ik het Hof in overweging de door het Oberste Gerichtshof gestelde vragen als volgt te beantwoorden:

„1) Artikel 44, lid 1, juncto artikel 41, lid 1, en artikel 4, punt 25, van richtlijn 2007/64/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 november 2007 betreffende betalingsdiensten in de interne markt en tot wijziging van de richtlijnen 97/7/EG, 2002/65/EG, 2005/60/EG en 2006/48/EG en tot intrekking van richtlijn 97/5/EG, moet aldus worden uitgelegd dat informatie die door een betalingsdienstaanbieder aan de e-bankingmailbox van de klant wordt meegedeeld, informatie op een ‚duurzame drager’ vormt, mits de e-bankingmailbox de betalingsdienstgebruiker in staat stelt om aan hem persoonlijk gerichte informatie zodanig op te slaan dat hij deze kan raadplegen gedurende een periode die is aangepast aan het doel van de informatie. De mailbox moet voorts de ongewijzigde reproductie van de opgeslagen informatie mogelijk maken, zodat de dienstenaanbieder de toegang daartoe alsmede het wijzigen of wissen van die informatie wordt belet. Een e-bankingmailbox kan eveneens een geschikt kanaal vormen voor de mededeling van informatie in de vorm van elektronische documenten, wanneer die documenten zelf voldoen aan de vereisten voor een ‚duurzame drager’ en een dergelijk systeem de gebruiker ertoe aanzet die documenten door middel van een eenvoudig toegankelijke functie elektronisch op te slaan en/of te drukken.

30 — Volgens dat artikel kan van derogatie enkel sprake zijn met betrekking tot „afzonderlijke betalingstransacties van maximaal 30 EUR, met een uitgavenlimiet van 150 EUR of waarop maximaal een bedrag van 150 EUR tegelijk kan worden opgeslagen”. Die bedragen kunnen volgens artikel 34, lid 2, voor nationale betalingstransacties worden verlaagd of verdubbeld, en verhoogd voor voorafbetaalde betaalinstrumenten.

- 2) Artikel 44, lid 1, juncto artikel 41, lid 1, van richtlijn 2007/64 moet aldus worden uitgelegd dat informatie met betrekking tot wijzigingen in een raamcontract die door een betalingsdienstaanbieder alleen via een e-bankingmailbox aan de betalingsdienstgebruiker worden meegedeeld, niet wordt ‚verstrekkt‘ in de zin van artikel 41, lid 1, van die richtlijn, maar slechts ‚ter beschikking wordt gesteld.‘