



## Jurisprudentie

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL  
M. CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA  
van 30 januari 2019<sup>1</sup>

**Zaak C-628/17**

**Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów  
in tegenwoordigheid van:  
Orange Polska S.A.**

[verzoek van de Sąd Najwyższy (hoogste rechter in burgerlijke en strafzaken, Polen) om een prejudiciële beslissing]

„Prejudiciële verwijzing – Consumentenbescherming – Oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten – Richtlijn 2005/29/EG – Begrip ‚agressieve handelspraktijk‘ – Methode voor het sluiten van overeenkomsten op afstand voor het verrichten van telecommunicatiediensten – Verplichting voor de consument om een definitief commercieel besluit te nemen in aanwezigheid van de koerier die hem de modelovereenkomst overhandigt”

1. Een nieuw verzoek om een prejudiciële beslissing biedt het Hof de gelegenheid zijn rechtspraak inzake consumentenbescherming verder te ontwikkelen, ditmaal in het kader van richtlijn 2005/29/EG<sup>2</sup>, over de toepassing waarvan het recent het arrest *Wind Tre en Vodafone Italia*<sup>3</sup> heeft gewezen.

2. In lijn met de rechtspraak van dat arrest moet thans worden nagegaan of de door een telecommunicatiebedrijf in Polen voor het sluiten van overeenkomsten op afstand gebruikte methode waarbij de consument het definitieve besluit over een transactie moet nemen in aanwezigheid van de koerier die hem de modelovereenkomst overhandigt, van de inhoud waarvan de consument voor het bezoek van de koerier via internet of per telefoon heeft kunnen kennisnemen, (altijd of alleen in bepaalde omstandigheden) een agressieve handelspraktijk is.

### **I. Toepasselijke bepalingen**

#### **A. Unierecht. Richtlijn 2005/29**

3. In overwegingen 7, 16 en 17 staat het volgende te lezen:

„(7) [...] Bij de toepassing van de richtlijn, met name van de algemene clausules, moet terdege rekening worden gehouden met de situatie per geval.

<sup>1</sup> Oorspronkelijke taal: Spaans.

<sup>2</sup> Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad van 11 mei 2005 betreffende oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten op de interne markt en tot wijziging van richtlijn 84/450/EEG van de Raad, richtlijnen 97/7/EG, 98/27/EG en 2002/65/EG van het Europees Parlement en de Raad en van verordening (EG) nr. 2006/2004 van het Europees Parlement en de Raad (PB 2005, L 149, blz. 22).

<sup>3</sup> Arrest van 13 september 2018 (C-54/17 en C-55/17, EU:C:2018:710).

[...]

- (16) De bepalingen betreffende agressieve handelspraktijken moeten van toepassing zijn op praktijken die de keuzevrijheid van de consument aanzienlijk beperken. Het gaat om intimidatie, dwang, met inbegrip van het gebruik van lichamelijk geweld, en ongepaste beïnvloeding.
- (17) Met het oog op een grotere rechtszekerheid is het wenselijk te bepalen welke handelspraktijken in alle omstandigheden oneerlijk zijn. Bijlage I bevat daarom een uitputtende lijst van deze praktijken. Alleen deze handelspraktijken worden verondersteld oneerlijk te zijn zonder een individuele toetsing aan het bepaalde in de artikelen 5 tot en met 9. De lijst mag alleen worden aangepast door herziening van deze richtlijn.”

4. Artikel 2 bepaalt:

„[...]

- e) het economische gedrag van consumenten wezenlijk verstoren: een handelspraktijk gebruiken om het vermogen van de consument om een geïnformeerd besluit te nemen merkbaar te beperken, waardoor de consument tot een transactie besluit waartoe hij anders niet had besloten;

[...]

- j) ongepaste beïnvloeding: het uitbuiten van een machtspositie ten aanzien van de consument om, zelfs zonder gebruik van of dreiging met fysiek geweld, pressie uit te oefenen op een wijze die het vermogen van de consument om een geïnformeerd besluit te nemen, aanzienlijk beperkt;
- k) besluit over een transactie: een door een consument genomen besluit over de vraag of, en, zo ja, hoe en op welke voorwaarden hij een product koopt, geheel of gedeeltelijk betaalt, behoudt of van de hand doet, of een contractueel recht uitoefent in verband met het product, ongeacht of de consument wel of niet tot handelen overgaat;

[...]”

5. Artikel 5 („Oneerlijke handelspraktijken”) luidt:

„1. Oneerlijke handelspraktijken zijn verboden.

2. Een handelspraktijk is oneerlijk wanneer zij:

- a) in strijd is met de vereisten van professionele toewijding,

en

- b) het economische gedrag van de gemiddelde consument die zij bereikt of op wie zij gericht is of, indien zij op een bepaalde groep consumenten gericht is, het economisch gedrag van het gemiddelde lid van deze groep, met betrekking tot het product wezenlijk verstoort of kan verstoren.

3. Een handelspraktijk die op voor de handelaar redelijkerwijs voorzienbare wijze het economische gedrag van slechts een duidelijk herkenbare groep consumenten wezenlijk verstoort of kan verstoren, namelijk van consumenten die wegens een mentale of lichamelijke handicap, hun leeftijd of goedgelovigheid bijzonder vatbaar zijn voor die handelspraktijken of voor de onderliggende producten, wordt beoordeeld vanuit het gezichtspunt van het gemiddelde lid van die groep. Dit laat onverlet de gangbare, legitieme reclamepraktijk waarbij overdreven uitspraken worden gedaan of uitspraken die niet letterlijk dienen te worden genomen.

4. Meer in het bijzonder zijn handelspraktijken oneerlijk die:

a) misleidend zijn in de zin van de artikelen 6 en 7,

of

b) agressief zijn in de zin van de artikelen 8 en 9.

5. Bijlage I bevat de lijst van handelspraktijken die onder alle omstandigheden als oneerlijk worden beschouwd. Deze lijst is van toepassing in alle lidstaten en mag alleen worden aangepast door wijziging van deze richtlijn.”

6. Artikel 8 („Agressieve handelspraktijken”) bepaalt:

„Als agressief wordt beschouwd een handelspraktijk die, in haar feitelijke context, al haar kenmerken en omstandigheden in aanmerking genomen, door intimidatie, dwang, inclusief het gebruik van lichamelijk geweld, of ongepaste beïnvloeding, de keuzevrijheid of de vrijheid van handelen van de gemiddelde consument met betrekking tot het product aanzienlijk beperkt of kan beperken, waardoor hij ertoe wordt gebracht of kan worden gebracht over een transactie een besluit te nemen dat hij anders niet had genomen.”

7. Artikel 9 („Gebruik van intimidatie, dwang of ongepaste beïnvloeding”) luidt:

„Om te bepalen of er bij een handelspraktijk gebruik wordt gemaakt van intimidatie, dwang, inclusief lichamelijk geweld, of ongepaste beïnvloeding, wordt rekening gehouden met:

a) het tijdstip, de plaats, de aard en de persistentie van de handelspraktijk;

b) het gebruik van dreigende of grove taal of gedragingen;

c) het uitbuiten door de handelaar van bepaalde tegenslagen of omstandigheden die zo ernstig zijn dat zij het beoordelingsvermogen van de consument kunnen beperken, hetgeen de handelaar bekend is, met het oogmerk het besluit van de consument met betrekking tot het product te beïnvloeden;

d) door de handelaar opgelegde, kosten met zich meebrengende of bovenmatige niet-contractuele belemmeringen ten aanzien van rechten die de consument uit hoofde van het contract wil uitoefenen, waaronder het recht om het contract te beëindigen of een ander product of een andere handelaar te kiezen;

e) het dreigen met maatregelen die wettelijk niet kunnen worden genomen.”

## **B. Nationaal recht. Ustawa o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym**

8. Ingevolge artikel 8, lid 1, van de Ustawa o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym (wet betreffende de bestrijding van oneerlijke marktpraktijken) van 23 augustus 2007<sup>4</sup> wordt een handelspraktijk geacht agressief te zijn indien zij door ongepaste beïnvloeding de keuzevrijheid of de vrijheid van handelen van de gemiddelde consument met betrekking tot het product aanzienlijk beperkt of kan beperken, waardoor hij ertoe wordt gebracht of kan worden gebracht over een overeenkomst een besluit te nemen dat hij anders niet had genomen.

9. Krachtens lid 2 van hetzelfde artikel 8 wordt als ongepaste beïnvloeding aangemerkt elke vorm van uitbuiting van een machtspositie ten aanzien van een consument, met name het gebruik van of de dreiging met fysiek of psychisch geweld, op een wijze die het vermogen van de gemiddelde consument om over een overeenkomst een geïnformeerd besluit te nemen, aanzienlijk beperkt.

## **II. Feiten**

10. Volgens de verwijzingsbeslissing sluit Orange Polska via een webwinkel of per telefoon (telewinkelen) overeenkomsten betreffende het verrichten van telecommunicatiediensten, overeenkomstig een procedure die uit de volgende fasen bestaat:

- 1) de consument bezoekt een website en neemt kennis van het aanbod van de onderneming. Via een link krijgt de consument toegang tot de door de onderneming aangeboden modelovereenkomsten;
- 2) de consument kiest voor een product of een overeenkomst;
- 3) de consument geeft een bestelling op. In die fase is er niet in voorzien dat de consument verklaart dat hij kennis heeft van de aangeboden modelovereenkomst;
- 4) de consument bevestigt de bestelling;
- 5) de bestelling wordt uitgevoerd met gebruikmaking van een koeriersdienst. De koerier overhandigt de consument een conceptovereenkomst (in geval van een nieuwe dienst of een nieuwe klant) of een aanhangsel (in geval van een bestaande klant), met inbegrip van alle bijlagen, handelsvoorwaarden, prijslijsten en andere documenten die deel uitmaken van de overeenkomst na de ondertekening ervan;
- 6) de overeenkomst wordt gesloten, en in voorkomend geval wordt het product overhandigd. Bij de ondertekening van de overeenkomst of het aanhangsel verklaart de consument dat hij heeft kennisgenomen van alle overhandigde documenten en dat hij de inhoud ervan aanvaardt. De ondertekening moet plaatsvinden tijdens het bezoek van de koerier. Zo niet, dan wordt de overeenkomst niet gesloten en moet de consument zich naar een vast verkooppunt begeven of opnieuw een bestelling opgeven op de website of via het telewink kanaal; en
- 7) de overeenkomst wordt geactiveerd.

11. Bij besluit van 30 december 2010 heeft de Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów (Poolse autoriteit voor mededinging en consumentenbescherming; hierna: „Poolse mededingingsautoriteit”) verklaard dat de beschreven praktijk inbreuk maakt op de collectieve belangen van consumenten, aangezien zij hun beslissingsvrijheid beperkt door hen te verplichten in aanwezigheid van de koerier een besluit te nemen over de ondertekening van de overeenkomst, zonder vrij te hebben kunnen kennismaken van de inhoud ervan.

<sup>4</sup> *Dziennik Ustaw Rzeczypospolitej Polskiej* van 2007, nr. 171, volgnr. 1206, met latere wijzigingen.

12. Op 27 oktober 2014 heeft de Sąd Okręgowy w Warszawie (rechter in eerste aanleg Warschau, Polen) het besluit nietig verklaard. Bij uitspraak van 4 maart 2017 heeft de Sąd Apelacyjny w Warszawie (rechter in tweede aanleg Warschau, Polen) de uitspraak van de rechter in eerste aanleg bevestigd.

13. De Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (hoofd van de Poolse mededingingsautoriteit) heeft tegen de uitspraak in hoger beroep beroep in cassatie ingesteld bij de Sąd Najwyższy (hoogste rechter in burgerlijke en strafzaken, Polen), die heeft beslist een verzoek om een prejudiciële beslissing in te dienen.

### III. Prejudiciële vraag

14. De verwijzende rechter merkt op dat hij „ertoe neigt het oordeel van de rechters in beide instanties te volgen”, maar dat hij twijfelt aan de uitlegging wat de kwalificatie van de betrokken handelswijzen betreft.

15. Volgens hem is er geen sprake van een agressieve handelspraktijk wanneer de ondernemer geen pressie heeft uitgeoefend op de consument, maar van laatstgenoemde alleen verwacht dat hij het definitieve besluit neemt over een overeenkomst, die hij reeds voorlopig heeft aanvaard door zijn toestemming te geven in de fase van de bestelling van de dienst na raadpleging van de documenten met de voorwaarden voor het verrichten van de telecommunicatiediensten.

16. De verwijzende rechter overweegt het volgende:

1. De betrokken methode voor het sluiten van overeenkomsten beperkt de beslissingsvrijheid van de consument niet, aangezien laatstgenoemde in de fase van de bestelling op de website van de ondernemer of tijdens een telefoongesprek met een adviseur reeds een principiële (zij het voorlopig en niet-bindend) besluit neemt.
2. De vrijheid van de consument om te besluiten of hij de dienovereenkomstige wilsverklaring geeft dan wel weigert, wordt evenmin beperkt tijdens het bezoek van de koerier, in de loop waarvan de consument zijn besluit via de ondertekening van de overeenkomst moet bekrachtigen of moet weigeren de overeenkomst te sluiten.
3. Aan de voorwaarde dat de consument „over een transactie een besluit [neemt] dat hij anders niet had genomen” is voldaan wanneer een aanbieder een consument via een koerier een overeenkomst of modelovereenkomsten overhandigt die andere voorwaarden bevat(ten) dan die met betrekking tot welke de consument voordien heeft verklaard dat hij er kennis van had. Alleen in die situatie is er sprake van pressie als gevolg van de aanwezigheid van de op een snel besluit wachtende koerier, welk besluit de consument anders niet had genomen, aangezien hij met de ondernemer andere voorwaarden voor de overeenkomst was overeengekomen dan die welke hem uiteindelijk worden aangeboden.

17. Ten slotte wijst de verwijzende rechter erop dat, gelet op de voorwaarden van artikel 9 van richtlijn 2005/29 en het ontbreken van fysieke of mondelinge bedreigingen, het bezoek van de koerier op de plaats en het tijdstip die met de consument zijn overeengekomen, geen praktijk is die op zich als agressief kan worden aangemerkt.

18. Om die redenen heeft de Sąd Najwyższy bij het Hof op 8 november 2017 een verzoek ingediend om een prejudiciële beslissing over de volgende vraag:

„Moet artikel 8 juncto artikel 9 en artikel 2, onder j), van richtlijn 2005/29 [...] aldus worden uitgelegd dat het gebruik door een ondernemer van een methode voor het sluiten van overeenkomsten op afstand betreffende het verrichten van telecommunicatiediensten, waarbij een consument het definitieve besluit over de transactie moet nemen in aanwezigheid van de koerier die de modelovereenkomsten [algemene voorwaarden] overhandigt, als een agressieve handelspraktijk door ongepaste beïnvloeding moet worden aangemerkt, en wel:

- a) altijd, wanneer de consument bij het bezoek van de koerier niet vrij kennis kan nemen van de inhoud van de modelovereenkomsten;
- b) alleen wanneer de consument niet vooraf en individueel (bijvoorbeeld op zijn e-mailadres of op zijn woonadres) alle modelovereenkomsten heeft ontvangen, ook wanneer hij voor het bezoek van de koerier zelf kennis heeft kunnen nemen van de inhoud ervan op de website van de ondernemer;
- c) alleen wanneer bijkomende vaststellingen erop wijzen dat door deze ondernemer of in zijn opdracht oneerlijke handelingen zijn verricht om de beslissingsvrijheid van de consument met betrekking tot het te nemen besluit over de transactie te beperken?”

#### **IV. Procedure bij het Hof en argumenten van partijen**

19. Schriftelijke opmerkingen zijn ingediend door Orange Polska, de Poolse regering en de Commissie, die ook aanwezig waren op de terechtzitting van 28 november 2018.

20. Orange Polska betoogt dat een systeem voor het sluiten van overeenkomsten op afstand, waarbij de consument zijn besluit neemt op basis van de documenten die hem op het internet ter beschikking zijn gesteld en de overeenkomst uiteindelijk wordt gesloten bij de komst van de koerier, niet als een agressieve handelspraktijk kan worden aangemerkt. Zij meent dat „ongepaste beïnvloeding” moet worden opgevat als het doelbewust beïnvloeden van een consument door een ondernemer, om de consument met onrechtmatige of tegenstrijdige methoden over te halen een besluit over een transactie te nemen dat hij anders niet zou hebben genomen.

21. De Poolse regering en de Commissie menen dat het betrokken gedrag, gelet op de bewoordingen van de lijst in bijlage I bij richtlijn 2005/29, geen onder alle omstandigheden (agressieve) oneerlijke handelspraktijk kan zijn, maar dat rekening moet worden gehouden met de bijzondere feiten van elk geval, als geheel beschouwd, welke feiten door de nationale rechter moeten worden beoordeeld.

22. Volgens de Poolse regering en de Commissie staat het aan het Hof om de verwijzende rechter gegevens met betrekking tot de uitlegging te verschaffen, rekening houdend met artikel 2, onder j), en de artikelen 8 en 9 van richtlijn 2005/29. Zij betogen dat het begrip „ongepaste beïnvloeding” van de richtlijn niet beperkt mag blijven tot het begrip „onrechtmatige beïnvloeding”, zoals de „weinig gelukkige” uitdrukking luidt die in de Poolse versie is gebruikt.

23. De Poolse regering is van mening dat de beslissende factor is of de consument voor het bezoek van de koerier vrij en met kennis van zaken toegang heeft kunnen hebben tot documenten betreffende de overeenkomst. Het feit dat het mogelijk is om de overeenkomst nadien te herroepen, is irrelevant voor de beoordeling of er sprake is van een agressieve handelspraktijk.



24. De Commissie erkent dat de verplichting om een overeenkomst te ondertekenen in aanwezigheid van een koerier, enige pressie kan uitoefenen op de consument. Die mogelijkheid volstaat echter niet om tot de slotsom te komen dat het stelselmatig een agressieve handelswijze betreft, aangezien voor het bestaan daarvan factoren aanwezig moeten zijn die het besluit van de consument ongepast kunnen beïnvloeden.

25. Deze factoren zijn die welke de verwijzende rechter in de onderdelen b) en c) van zijn prejudiciële vraag vermeldt, hoewel geen daarvan op zich tot de vaststelling van agressieve handelswijzen kan leiden, aangezien de mogelijke invloed van de betrokken praktijk op het besluit van de consument moet worden onderzocht.

26. De Commissie meent dat de verkoop via internet en de verkoop per telefoon afzonderlijk moeten worden onderzocht, teneinde te bepalen wie in elk van deze gevallen de gemiddelde consument is en of er sprake is geweest van ongepaste beïnvloeding. Ten slotte moet de vraag worden gesteld of het enkele besluit om een bezoek van een koerier aan te vragen met het oog op de ondertekening van de overeenkomst, een „besluit over een transactie” in de zin van richtlijn 2005/29 kan vormen.

## V. Analyse

### A. Inleidende opmerkingen

27. De verwijzende rechter vraagt in essentie of de handelspraktijk die hij in zijn verwijzingsbeslissing beschrijft, kan worden aangemerkt als agressief door „ongepaste beïnvloeding”, in de zin van artikel 8 juncto artikel 9 en artikel 2, onder j), van richtlijn 2005/29.

28. Hij wenst met name te vernemen of die methode voor het sluiten van overeenkomsten op afstand: a) altijd een agressieve handelspraktijk vormt; dan wel b) alleen een agressieve handelspraktijk vormt wanneer een van volgende twee omstandigheden zich voordoet:

1. de consument heeft „niet vooraf en individueel [...] alle modelovereenkomsten [...] ontvangen, ook wanneer hij voor het bezoek van de koerier op de website van de ondernemer zelf heeft kunnen kennismaken van de inhoud ervan”; of
2. bijkomende vaststellingen wijzen erop dat deze ondernemer, zelf of door middel van derden, „oneerlijke handelingen [heeft] verricht om de beslissingsvrijheid van de consument met betrekking tot het te nemen besluit over de transactie te beperken”.

29. Met betrekking tot hetgeen ik zojuist heb uiteengezet, rijst twijfel wanneer wordt uitgegaan van de letterlijke betekenis van de vraag. Ik breng deze precisering naar voren aangezien de taalversies van de tekst niet homogeen zijn, met name wat de vertaling van onderdeel a) ervan betreft.

30. De Spaanse versie van onderdeel a) luidt: “siempre, si el consumidor durante la visita del mensajero no puede tomar conocimiento con libertad del contenido del contrato tipo”.<sup>5</sup> In dezelfde lijn vermeldt de Italiaanse vertaling: „sempre, *qualora* il consumatore, al momento della visita del corriere, non possa consultare liberamente il contenuto dei modelli contrattuali”.<sup>6</sup> In de Duitse versie staat te lezen:

<sup>5</sup> Cursivering van mij.

<sup>6</sup> Cursivering van mij.

„immer, *wenn* der Verbraucher beim Besuch des Kuriers den Inhalt der Vertragsmuster nicht ungehindert zur Kenntnis nehmen kann”.<sup>7</sup> De Portugese versie luidt: „*sempre que* o consumidor não possa, por ocasião da visita do mensageiro, tomar livremente conhecimento do conteúdo do modelo do contrato”.<sup>8</sup>

31. Uit deze taalversies blijkt dat niet wordt gevraagd of de betrokken methode voor het sluiten van overeenkomsten in elk geval – dat wil zeggen „altijd”, zonder meer – een agressieve handelspraktijk is maar alleen of dit zo is „wanneer” er sprake is van een specifieke omstandigheid, namelijk die waarin de consument niet vrij kan kennismaken van de inhoud van de overeenkomst. Ook wat de onderdelen b) en c) van de prejudiciële vraag betreft, stelt de verwijzende rechter de vraag met betrekking tot een precieze omstandigheid.

32. De Franse versie van de vraag luidt echter als volgt: „*toujours, parce que*, durant la visite du livreur, le consommateur ne peut pas prendre connaissance librement du contenu des modèles [de contrat] qui lui sont remis”. Deze vertaling lijkt het best overeen te stemmen met het Poolse origineel, waarin onderdeel a) van de vraag begint met „*zawsze, gdyż*” („altijd, aangezien”). Daarentegen beginnen de onderdelen b) en c) met de woorden „*tylko, gdy*” („alleen wanneer”). Aangezien de woorden „*gdyż*” en „*gdy*” qua schrijfwijze dicht bij elkaar liggen, meent de Commissie dat het gebruik van het eerste woord een schrijffout is en dat het in de drie gevallen dus „*gdy*” moet zijn.<sup>10</sup>

33. Ik ben van mening dat er geen sprake is van een schrijffout. In de eerste plaats uiteraard omdat ervan kan worden uitgegaan dat de verwijzende rechter zijn vraag nauwkeurig en zorgvuldig heeft geformuleerd. In het bijzonder echter aangezien in de twee gevallen waarin hij het woord „*gdy*” [onderdelen b) en c)] gebruikt, hij dit laat voorafgaan door het woord „*tylko*” (alleen), terwijl „*gdyż*” in onderdeel a) door het woord „*zawsze*” (altijd) wordt voorafgegaan. Indien het een schrijffout zou betreffen en het betrokken woord in het geval van onderdeel a) ook „*gdy*” (wanneer) zou zijn, zou de verwijzende rechter vragen of de betrokken methode een agressieve handelspraktijk vormt *altijd wanneer er sprake is van een bepaalde omstandigheid*, wat hetzelfde zou betekenen als *alleen in dat geval*. De vraag zou dan zijn waarom de verwijzende rechter niet ook in onderdeel a) „*tylko*” (alleen) gebruikt, zoals in de onderdelen b) en c).

34. Zonder dat het nodig is zich op de vermeende schrijffout te beroepen, heeft de in onderdeel a) bedoelde omstandigheid ten volle betekenis wanneer zij tegenover de gevallen van de twee andere onderdelen wordt geplaatst. Terwijl in deze laatste onderdelen naar zeer precieze en concrete situaties wordt verwezen (niet vooraf en individueel alle modelovereenkomsten ontvangen hebben, mogelijke vaststellingen die wijzen op oneerlijke handelingen), wordt in onderdeel a) een factor vermeld die volgens de bewoordingen van de prejudiciële vraag inherent is aan de beschreven praktijk, dit wil zeggen aan de eis dat de overeenkomst wordt ondertekend in aanwezigheid van de koerier, hetgeen bijna per definitie betekent dat de consument, wegens het kenmerkende urgente karakter van de koeriersactiviteit, niet „vrij kennis [kan] nemen van de inhoud van de modelovereenkomsten”. Het betreft dus geen omstandigheid die al dan niet zou kunnen bestaan, maar een omstandigheid die inherent is aan de beschreven situatie en waarvan de formulering derhalve is gerechtvaardigd als een *verklaring* van de reden waarom de betrokken methode voor het sluiten van overeenkomsten *altijd* („*zawsze*”) een agressieve handelspraktijk kan zijn. Dit komt, mijns inziens terecht, tot uiting in de Franse versie van de prejudiciële vraag, op welke versie ik mij hierna zal baseren.

<sup>7</sup> Cursivering van mij.

<sup>8</sup> Cursivering van mij.

<sup>9</sup> Cursivering van mij.

<sup>10</sup> Punt 21, noot 2, van de schriftelijke opmerkingen van de Commissie.



## B. Ten gronde

35. Overweging 7 van richtlijn 2005/29 vermeldt specifiek dat bij de toepassing van deze richtlijn „terdege rekening [moet] worden gehouden met de situatie per geval”. In dezelfde lijn is het, in overeenstemming met artikel 8 van die richtlijn, om een handelspraktijk als agressief te kunnen beschouwen noodzakelijk „al haar kenmerken en omstandigheden in aanmerking [te nemen]”.

36. Zoals de Poolse regering<sup>11</sup> en de Commissie<sup>12</sup> betogen, dient het Hof zich ertoe te beperken de verwijzende rechter richtsnoeren voor de uitlegging en de toepassing van richtlijn 2005/29 te geven, die het oordeel van de verwijzende rechter weliswaar niet vervangen, maar hem bijstaan bij zijn – niet delegerbare – taak van het beoordelen van de betrokken methode voor het sluiten van overeenkomsten. Ik wijs erop dat die beoordeling uitsluitend aan de verwijzende rechter staat.<sup>13</sup>

37. Op basis van dit uitgangspunt zal ik de verschillende vragen analyseren die in het prejudiciële verzoek aan de orde zijn.

### 1. Agressieve handelspraktijk onder alle omstandigheden?

38. Wat de prejudiciële vraag, onder a), betreft, is het voor het Hof niet moeilijk om zijn plicht om zich tot uitlegging te beperken, na te leven.

39. De twijfel die in dit onderdeel aan de orde wordt gesteld, beperkt zich immers tot de vraag of de methode van Orange Polska voor het sluiten van overeenkomsten, zoals beschreven door de verwijzende rechter, „altijd”, dit wil zeggen „onder alle omstandigheden”, als een agressieve handelspraktijk kan worden beschouwd.

40. Overeenkomstig artikel 5, lid 4, van richtlijn 2005/29 is een „agressieve handelspraktijk” een „oneerlijke handelspraktijk” wanneer – en alleen wanneer – die agressieve handelspraktijk voldoet aan de in de artikelen 8 en 9 van die richtlijn vermelde kenmerken.

41. Oordelen dat de door Orange Polska gebruikte methode voor het sluiten van overeenkomsten „altijd” een „agressieve handelspraktijk” vormt, zou betekenen dat deze methode onder alle omstandigheden (altijd) ook een „oneerlijke handelspraktijk” zou zijn. De handelspraktijken die *in ieder geval* als oneerlijk moeten worden beschouwd, zijn volgens artikel 5, lid 5, van richtlijn 2005/29 echter alleen die welke in bijlage I van die richtlijn zijn vermeld.

42. Aangezien de in het hoofdgeding aan de orde zijnde praktijk van Orange Polska niet wordt vermeld bij de eenendertig praktijken van de zogenoemde „zwarte lijst” van bijlage I, zou het Hof, wanneer het zou oordelen dat de betrokken praktijk *altijd* een agressieve handelspraktijk en bijgevolg een oneerlijke handelspraktijk is, optreden als wetgever, hetgeen in strijd zou zijn met de geest en het doel van richtlijn 2005/29.<sup>14</sup> Derhalve ben ik van mening dat het antwoord op dit onderdeel van de prejudiciële vraag ontkennend moet zijn.

<sup>11</sup> Punten 15 en 16 van de schriftelijke opmerkingen van de Poolse regering.

<sup>12</sup> Punten 28 en 29 van de schriftelijke opmerkingen van de Commissie.

<sup>13</sup> Het is reeds een standaardformulering dat „artikel 267 VWEU het Hof niet de bevoegdheid verleent om de bepalingen van het Unierecht op een concreet geval toe te passen, maar enkel om uitspraak te doen over de uitlegging van de Verdragen en de handelingen van de instellingen van de Europese Unie. In het kader van de gerechtelijke samenwerking waarin dat artikel voorziet, kan het Hof echter op grond van de gegevens van het dossier de nationale rechter de elementen met betrekking tot de uitlegging van het Unierecht verschaffen die voor deze rechter van waarde kunnen zijn bij de beoordeling van het effect van deze of gene bepaling van dat recht.” Zie onder meer arrest van 13 juli 2017, Ingsteel en Metrostav (C-76/16, EU:C:2017:549, punt 25).

<sup>14</sup> Volgens het arrest van 10 juli 2014, Commissie/België (C-421/12, EU:C:2014:2064, punt 61), is een „nationale regeling, waarbij praktijken die niet zijn vermeld in bijlage I bij richtlijn 2005/29 in het algemeen worden verboden, zonder dat individueel wordt getoetst of zij ‚oneerlijk’ zijn volgens de in de artikelen 5 tot en met 9 van die richtlijn geformuleerde criteria, niet te rijmen met de inhoud van artikel 4 van die richtlijn en is zij in strijd met de door die richtlijn nagestreefde volledige harmonisatie, ook al beoogt die regeling een hoger niveau van consumentenbescherming tot stand te brengen”.

2. *Agressieve handelspraktijk door ongepaste beïnvloeding, afhankelijk van bepaalde omstandigheden?*

43. De handelswijzen die de verwijzende rechter in de onderdelen b) en c) van zijn prejudiciële vraag vermeldt, zouden daarentegen aanleiding kunnen geven tot „een agressieve handelspraktijk door ongepaste beïnvloeding” indien die beïnvloeding, rekening houdend met „de situatie per geval” – welke situatie in haar geheel moet worden beschouwd –, ongepast zou worden geacht.

44. Volgens artikel 8 van richtlijn 2005/29 wordt als „agressief” beschouwd de handelspraktijk die, alle kenmerken en feitelijke omstandigheden van de zaak in aanmerking genomen, tot een bepaald *resultaat* leidt door gebruik te maken van bepaalde *middelen*.

1. Het *resultaat* is een daadwerkelijke of potentiële vermindering of beperking van de keuzevrijheid van de consument met betrekking tot het product, die zo „aanzienlijk” is dat zij ertoe leidt of kan leiden dat laatstgenoemde een besluit neemt dat hij anders niet had genomen.<sup>15</sup>
2. De in die bepaling genoemde *middelen* om dat doel te bereiken zijn „intimidatie, dwang, inclusief het gebruik van lichamelijk geweld, of ongepaste beïnvloeding”, waarvan de verwijzende rechter in casu alleen de laatstgenoemde situatie vermeldt.

45. In de context van richtlijn 2005/29 is „ongepaste beïnvloeding” mijns inziens geen „onrechtmatige beïnvloeding”, maar beïnvloeding die, hoewel rechtmatig, er op actieve wijze – door pressie – toe leidt dat de wil van de consument gedwongen wordt geconditioneerd.<sup>16</sup>

46. Volgens artikel 2, onder j), van richtlijn 2005/29 bestaat ongepaste beïnvloeding in het uitbuiten van een *machtspositie* ten aanzien van de consument teneinde, „zelfs zonder gebruik van of dreiging met fysiek geweld, pressie uit te oefenen op een wijze die het vermogen van de consument om een geïnformeerd besluit te nemen, aanzienlijk beperkt”.

47. Zoals ik heb opgemerkt in de conclusie in de zaken Wind Tre en Vodafone Italia<sup>17</sup>, dient een onderscheid te worden gemaakt tussen twee aspecten van de *machtspositie*:

- enerzijds de uitbuiting van een machtspositie waardoor de handelaar de vrijheid van de consument om een product te verwerven, kan beperken;
- anderzijds de machtspositie die de handelaar juridisch heeft om na de afsluiting van de overeenkomst van de consument de tegenprestatie te eisen waartoe laatstgenoemde zich bij het afsluiten ervan verbonden heeft.

48. De „agressieve handelspraktijk” valt uiteraard onder het eerste aspect. Het is namelijk een praktijk waarbij de handelaar, door gebruik te maken van de zwakkere positie waarin de consument zich tegenover hem bevindt<sup>18</sup> en van een machtspositie die hij onrechtmatig – middels intimidatie, dwang, lichamelijk geweld, of ongepaste beïnvloeding – heeft verkregen, de vrijheid van die consument beperkt door hem een overeenkomst te doen sluiten waarmee hij niet zou hebben ingestemd als dat onrechtmatige voordeel niet had bestaan.

15 Ik verwijs naar mijn conclusie in de zaken Wind Tre en Vodafone Italia (C-54/17 en C-55/17, EU:C:2018:377, punt 63).

16 Ibidem, punt 65.

17 Zaken C-54/17 en C-55/17, EU:C:2018:377, punten 67-70.

18 Arrest van 16 april 2015, UPC Magyarország (C-388/13, EU:C:2015:225, punt 53).

49. Aangezien het sluiten van een overeenkomst juist inhoudt dat bepaalde verplichtingen worden aangegaan waarvan de tegenpartij rechtmatig in rechte de nakoming kan eisen, beschermt richtlijn 2005/29 de vrijheid van de consument zodat deze de overeenkomst geïnformeerd sluit en enkel verplichtingen aangaat die hij in het kader van de uitoefening van die vrijheid bereid is op zich te nemen. De richtlijn biedt dus geen bescherming tegen de juridische verplichtingen die de consument reeds vrij is aangegaan, maar tegen het aangaan van verplichtingen als gevolg van een oneerlijke handelspraktijk, ongeacht of die wellicht ook rechtmatig is.

50. Om te beoordelen of er bij een handelspraktijk in dit verband gebruik wordt gemaakt van ongepaste beïnvloeding, moeten overeenkomstig artikel 9 van richtlijn 2005/29 verschillende factoren in aanmerking worden genomen. Onder meer zijn van belang – zonder dat dit de enige factoren zijn – het tijdstip, de plaats, de aard en de persistentie van de handelspraktijk, het soort taal dat wordt gebruikt, het soort gedragingen, het uitbuiten van bepaalde tegenslagen of het opwerpen van bezwarende of onevenredige niet-contractuele belemmeringen.

51. De verwijzende rechter meent dat er in casu drie factoren zijn die er mogelijkwijs toe kunnen leiden dat sprake is van „ongepaste beïnvloeding” van de koper door de handelaar:

- ten eerste, het feit dat de consument het definitieve besluit over de transactie moet nemen in aanwezigheid van de koerier die de modelovereenkomsten overhandigt (dit is in feite de kern van de situatie die in casu aan de orde is);
- ten tweede, het feit dat de consument niet vooraf en individueel alle modelovereenkomsten heeft ontvangen, ook wanneer hij daarvan voor het bezoek van de koerier heeft kunnen kennisnemen op het internet [onderdeel b) van de prejudiciële vraag];
- ten derde, het mogelijke bestaan van oneerlijke handelingen die bedoeld zijn om de beslissingsvrijheid van de consument te beperken [onderdeel c) van de prejudiciële vraag].

52. Afhankelijk van het belang dat elk van die factoren heeft, is het niet uitgesloten dat zij op zichzelf aanleiding kunnen geven tot ongepaste beïnvloeding. Aldus:

1. volstaat het dat het gedrag of de houding van de koerier bijzonder dwingend of overweldigend is, om tot de slotsom te komen dat hij de consument met zijn handelswijze ongepast heeft beïnvloed;
2. kan uit het enkele feit dat de consument voor het bezoek van de koerier informatie heeft gekregen die – objectief beschouwd – beperkt, onvolledig of verdraaid is, of niet overeenstemt met die welke de koerier hem nadien overhandigt, worden afgeleid dat er sprake is van een misleidende handeling of omissie in de zin van de artikelen 6 en 7 van richtlijn 2005/29, en bovendien, mogelijkwijs, van ongepaste beïnvloeding, indien een actieve gedraging van de handelaar wordt bewezen die erop is gericht de wil van de consument onrechtmatig te conditioneren;
3. zijn, ten slotte, eventuele andere oneerlijke handelingen ook voldoende, voor zover zij de wil van de consument kunnen conditioneren, indien de ondernemer er onrechtmatige beïnvloeding mee beoogt.

53. Het is ook mogelijk dat geen van deze factoren, afzonderlijk beschouwd, voldoende gewicht in de schaal legt om aanleiding te geven tot ongepaste beïnvloeding, maar dat zij samen, door hun interactie, wel tot dat resultaat leiden.

54. Zoals ik reeds heb opgemerkt, staat het aan de nationale rechter om in elk geval precies te bepalen welk gewicht omstandigheden als die welke in de verwijzingsbeslissing worden vermeld, afzonderlijk of in hun geheel in de schaal kunnen leggen. In de verwijzingsbeslissing lijkt de Sąd Najwyższy, zoals ik reeds heb aangegeven in de samenvatting van die beslissing<sup>19</sup>, geneigd om aan te nemen dat er geen sprake is van een agressieve praktijk, waarmee hij het oordeel van de rechter in eerste aanleg en van de rechter in hoger beroep bevestigt.

55. Ik wil erop wijzen dat het moeilijk is voor het Hof om een antwoord te geven dat afwijkt van het unanieme oordeel (in casu zijn het oordeel van de rechter in eerste aanleg en dat van de rechter in hoger beroep, en de overweging van de rechter in cassatie dezelfde) van de nationale rechters in zaken als de onderhavige, waarin de bijzondere kenmerken van de betrokken afzonderlijke gedragingen duidelijk van groot belang zijn. Wat de feitelijke kenmerken van die gedragingen betreft, zijn die rechters exclusief bevoegd en bevinden zij zich uiteraard in een betere positie dan het Hof om te beoordelen in hoeverre een bepaald aspect van het gedrag van de ondernemer een aanzienlijke beïnvloeding van het gedrag van de gemiddelde consument met zich meebrengt.

56. Om de verwijzende rechter te ondersteunen bij zijn werkzaamheden van uitlegging en toepassing ad casum van richtlijn 2005/29, kunnen de volgende overwegingen echter relevant zijn.

### *3. Factoren die kunnen worden gebruikt om zich een oordeel te vormen over de ongepaste beïnvloeding door de handelaar*

57. Een onderscheid dient te worden gemaakt tussen het geval waarin de verkoop geschiedt via internet en dat waarin de verkoop geschiedt per telefoon, want de verschillende kenmerken van beide gevallen hebben tot gevolg dat de positie van de consument in elk van die gevallen een eigen karakter heeft.

- Bij de verkoop via internet is het de consument die, doorgaans vrijwillig, beslist de website van de handelaar te bezoeken en is er niets wat hem belet om, zolang hij dit nodig acht, kennis te nemen van het beschikbare aanbod, de prijzen ervan en andere voorwaarden, alsook van de voorwaarden voor het sluiten van overeenkomsten.
- Bij de verkoop per telefoon is het weliswaar niet uitgesloten dat de consument het initiatief neemt, maar niet zelden is het de handelaar die contact opneemt met de consument om laatstgenoemde voor te stellen een overeenkomst te sluiten.<sup>20</sup> De situatie van de consument is meestal eerder passief en bovendien kan de verrassingsfactor een belangrijke rol spelen en een zekere psychologische druk meebrengen.<sup>21</sup>

<sup>19</sup> Punten 14-17 van deze conclusie.

<sup>20</sup> Ter terechtzitting heeft Orange Polska verklaard, zonder te ontkennen dat zij die commerciële techniek (ongewenste commerciële telefoongesprekken) mogelijkermits heeft gebruikt, dat die techniek in Polen door een latere wet is verboden.

<sup>21</sup> Dat wordt aangenomen voor buiten verkoopruimten gesloten overeenkomsten in overwegingen 21 en 37 van 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). De „psychologische druk” die inherent is aan dit soort overeenkomsten (die wordt gecompenseerd door het herroepingsrecht) is op zich echter niet van dezelfde aard als die welke erop is gericht de consument ongepast te beïnvloeden.

58. In elk van beide gevallen moet bovendien rekening worden gehouden met een verschillend profiel van „gemiddelde consument”, dit wil zeggen de redelijk geïnformeerde, omzichtige en oplettende gewone consument waarbij rekening wordt gehouden met maatschappelijke, culturele en taalkundige factoren<sup>22</sup>, de context en alle omstandigheden waarin de betrekkingen tussen de handelaar en de consumenten zich ontwikkelen:

- De consument die op eigen initiatief een website bezoekt, is ten minste vertrouwd met de IT-procedures en is in staat deze procedures te volgen met het oog op de selectie van een aanbod en het beheer van het aanvraagproces.
- Daarentegen is de gemiddelde consument in geval van een onverwacht per telefoon ontvangen aanbod mogelijk minder goed geïnformeerd en oplettend, aangezien hij in dat geval enkel de telefoon hoeft aan te nemen. In dat geval moet de beschermingsgraad hoger zijn.

59. Een andere relevante factor is de kwaliteit van de aan de consument verstrekte informatie. Zoals het Hof in de zaken Wind Tre en Vodafone Italia in herinnering heeft gebracht, wordt het begrip „agressieve handelspraktijk” in essentie aldus gedefinieerd „dat die praktijk met name de keuzevrijheid of de vrijheid van handelen van de gemiddelde consument met betrekking tot een product aanzienlijk beperkt of kan beperken[,] [waaruit] volgt dat de vraag naar een dienst een vrije keuze van de consument dient te zijn[,] [hetgeen met name] veronderstelt [...] dat de door de handelaar aan de consument verstrekte informatie duidelijk en passend moet zijn”.<sup>23</sup>

60. Het Hof heeft benadrukt dat het van wezenlijk belang is dat de consument „vóór sluiting van de overeenkomst, kennis neemt van alle contractvoorwaarden en de gevolgen van de sluiting van de overeenkomst”. Op basis van de aldus verkregen informatie „zal hij namelijk beslissen of hij wenst contractueel gebonden te zijn aan een verkoper door de voorwaarden te aanvaarden die deze verkoper tevoren heeft vastgelegd”.<sup>24</sup>

61. In casu is één van de gevallen die door de verwijzende rechter in aanmerking worden genomen het geval waarin de consument „niet vooraf en individueel (bijvoorbeeld op zijn e-mailadres of op zijn woonadres) alle modelovereenkomsten heeft ontvangen, ook wanneer hij voor het bezoek van de koerier zelf kennis heeft kunnen nemen van de inhoud ervan op de website van de ondernemer”.<sup>25</sup>

62. Derhalve dient te worden aangenomen dat de informatie die op de website wordt getoond over de inhoud van de modelovereenkomsten toereikend en waarheidsgetrouw is, en dat de consument er zonder veel problemen toegang toe heeft. Volgens de verwijzende rechter<sup>26</sup> kan de consument bij de verkoop per telefoon van de telefonische verkoper ook alle informatie die hij nodig acht, verkrijgen. De kwaliteit van de informatie die tijdens een telefoongesprek wordt verstrekt, kan mijns inziens moeilijk worden gelijkgesteld met die van de informatie die op het internet kan worden verkregen.

63. De vraag is dus met name of de consument voor het bezoek van de koerier op zijn woonadres of op zijn e-mailadres over *alle* modelovereenkomsten moet beschikken die de handelaar aanbiedt, en of er, wanneer dat niet het geval is, sprake is van een agressieve handelspraktijk.

<sup>22</sup> Zie bijvoorbeeld arresten van 13 januari 2000, Estée Lauder (C-220/98, EU:C:2000:8, punt 27), en 12 mei 2011, Ving Sverige (C-122/10, EU:C:2011:299, punt 22).

<sup>23</sup> Arrest van 13 september 2018, Wind Tre en Vodafone Italia (C-54/17 en C-55/17, EU:C:2018:710, punt 45).

<sup>24</sup> Arrest van 7 september 2016, Deroo-Blanquart (C-310/15, EU:C:2016:633, punt 40).

<sup>25</sup> Onderdeel b) van de prejudiciële vraag.

<sup>26</sup> Punt 14 van de verwijzingsbeslissing.



64. Ik ben van mening dat de verschillende bestaande modelovereenkomsten ter beschikking van de consument moeten worden gesteld<sup>27</sup>, zodat deze er gemakkelijk kennis van kan nemen, zonder dat de handelaar deze voor het bezoek van de koerier individueel moet bezorgen.

65. Aangezien de belangstelling van de verwijzende rechter uitgaat naar het precieze moment waarop de consument het definitieve besluit dient te nemen – te weten het moment waarop de koerier hem de modelovereenkomst overhandigt die hij heeft gekozen tijdens een telefoongesprek of zijn bezoek aan de website van de handelaar –, dient hij na te gaan of het feit dat de consument op dat moment niet beschikt over alle modelovereenkomsten ertoe kan leiden dat hij wordt verplicht een besluit te nemen dat hij anders niet had genomen.<sup>28</sup>

66. Dat kan bijvoorbeeld het geval zijn wanneer de consument twijfels heeft over het feit of de overeenkomst die hem ter ondertekening wordt voorgelegd, overeenstemt met die waarvan hij op het internet heeft kunnen kennismaken of welke hem is beschreven tijdens het telefoongesprek, en de koerier die twijfels niet kan wegnemen of de consument de mogelijkheid ontnemt om dit na te gaan en hem met aandrang verzoekt de overeenkomst te ondertekenen.

67. Ter terechtzitting is bevestigd dat Orange Polska voor die activiteiten gebruikmaakt van gewone koeriersdiensten, die dus niets te maken hebben met de telefoonsector en die geen informatie kunnen verstrekken over de overeenkomsten tussen de consument en de telefoonmaatschappij.

68. Afgezien van het feit dat de koerier de twijfels van de consument niet kan wegnemen, zal de houding van de koerier in de context van de situatie waarin de consument zich bevindt, als gevolg van de informatie waarover deze consument beschikt op het moment waarop de overeenkomst hem ter ondertekening wordt voorgelegd, steeds bepalend zijn.

69. Als die informatie ontoereikend of misleidend is, kan zij aanleiding geven tot een misleidende handelspraktijk, namelijk die welke volgens artikel 7, lid 1, van richtlijn 2005/29, „in haar feitelijke context, al haar kenmerken en omstandigheden en de beperkingen van het communicatiemedium in aanmerking genomen, essentiële informatie welke de gemiddelde consument, naargelang de context, nodig heeft om een geïnformeerd besluit over een transactie te nemen, weglaat en die de gemiddelde consument er toe brengt of kan brengen een besluit over een transactie te nemen dat hij anders niet had genomen”.

70. Die misleidende informatie leidt evenwel alleen tot een „agressieve handelspraktijk” indien de handelaar, of een derde in diens naam (in casu de koerier), met succes kan gebruikmaken van een machtspositie die door misleidende handelingen of omissies is verworven en onrechtmatig wordt uitgeoefend.

<sup>27</sup> Anders is er sprake van een omissie die doorslaggevend kan zijn voor het besluit van de consument. Indien laatstgenoemde had geweten dat er andere, gunstigere overeenkomsten bestonden, had hij mogelijk een van die overeenkomsten gekozen en niet de overeenkomst die hij thans heeft gekozen en die hij waarschijnlijk zou hebben afgewezen. Zoals ik echter in de conclusie in de zaken Wind Tre en Vodafone Italia (C-54/17 en C-55/17, EU:C:2018:377, punt 65) heb betoogd, hoeft dit niet te betekenen dat er sprake is van „ongepaste beïnvloeding” door de handelaar, aangezien „[d]e beïnvloeding waarnaar in de artikelen 8 en 9 van richtlijn 2005/29 wordt verwezen, [...] niet die [is] welke gewoon voortvloeit uit misleiding – dit wil zeggen de beïnvloeding die wordt bedoeld in artikel 7 van deze richtlijn –, maar die welke er op actieve wijze, door pressie, toe leidt dat de wil van de consument gedwongen wordt geconditioneerd”. Ik heb er toen op gewezen (voetnoot 28) dat het „[v]olgens artikel 2, onder j), van richtlijn 2005/29 gaat [...] om gedrag dat bestaat in het ‚uitbuiten van een machtspositie ten aanzien van de consument’ om, ‚zelfs zonder gebruik van of dreiging met fysiek geweld, pressie uit te oefenen op een wijze die het vermogen van de consument om een geïnformeerd besluit te nemen, aanzienlijk beperkt’. Het is dus niet voldoende de consument te misleiden door hem ten onrechte te doen geloven dat hij vrij en geïnformeerd handelt, hij moet worden gedwongen om tegen zijn wil een overeenkomst te sluiten.”

<sup>28</sup> Volgens de verwijzende rechter heeft de koerier ten minste de bijlagen, handelsvoorwaarden, prijslijsten en „andere documenten” bij zich, die na de ondertekening vaste onderdelen van de overeenkomst worden (punt 3 van de verwijzingsbeslissing).



71. Om te garanderen dat de houding van de koerier niet kan leiden tot „ongepaste beïnvloeding” is niet zozeer de informatie van belang die aan de consument is verstrekt tijdens de fasen die het aankoopproces voorafgaan<sup>29</sup>, maar veeleer het feit dat zijn gedrag zodanig is geregeld dat het aspect van de psychologische druk, die in bepaalde gevallen kan uitgaan van de uitnodiging om een overeenkomst te ondertekenen, wordt uitgesloten of zoveel mogelijk wordt beperkt.

72. Zo moet een aan de telefoonmaatschappij verbonden koerier in staat zijn bij te dragen tot het wegnemen van de laatste twijfels die de consument kunnen verontrusten; bijvoorbeeld door de consument in situ de modelovereenkomsten te overhandigen of hem voor te stellen hem opnieuw te bezoeken nadat hij heeft kennisgenomen van de modelovereenkomsten. Ook moet ervoor worden gezorgd dat hij bij de consument in geen geval erop aandringt om de overeenkomst te ondertekenen, met de waarschuwing dat de consument aansprakelijk kan worden gesteld of in de toekomst minder gunstige contractuele voorwaarden zal krijgen, indien hij weigert de overeenkomst te ondertekenen of de ondertekening uitstelt.

73. Indien de koerier daarentegen, zoals in casu, niet verbonden is aan de telefoonmaatschappij en dus niet in staat is de consument informatie te verstrekken of namens de telefoonmaatschappij verbintenissen aan te gaan, moet ten minste worden vermeden dat de koerier erop wijst dat het noodzakelijk is dat de consument de overeenkomst ondertekent.

74. Dit zijn naar mijn mening de factoren die in overweging moeten worden genomen in het samenwerkingsverband tussen de handelaar en de koeriersdienst die namens hem optreedt. Het staat aan de nationale rechter deze te beoordelen om na te gaan of het optreden van de koerier in de context waarin de overeenkomst wordt ondertekend ongepaste beïnvloeding kan vormen (artikel 8 van richtlijn 2005/29).

## VI. Conclusie

75. Gelet op een en ander geeft ik het Hof in overweging de Sąd Najwyższy te antwoorden als volgt:

„Artikel 8 juncto artikel 9 en artikel 2, onder j), van richtlijn 2005/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 mei 2005 betreffende oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten op de interne markt en tot wijziging van richtlijn 84/450/EEG van de Raad, richtlijnen 97/7/EG, 98/27/EG en 2002/65/EG van het Europees Parlement en de Raad en van verordening (EG) nr. 2006/2004 van het Europees Parlement en de Raad dient aldus te worden uitgelegd dat:

- een methode voor het sluiten van overeenkomsten op afstand betreffende het verrichten van telecommunicatiediensten, waarbij een consument het definitieve besluit over de transactie moet nemen in aanwezigheid van de koerier die de modelovereenkomsten overhandigt en waarbij hij volledig heeft kunnen kennisnemen van de voorwaarden van die modelovereenkomsten op de website van de handelaar of per telefoon, op zich geen agressieve handelspraktijk is;
- indien, de omstandigheden van elk geval in hun context beschouwd, het gebruik van die methode voor het sluiten van overeenkomsten de beslissingsvrijheid van de consument aanzienlijk beperkt door ongepaste beïnvloeding waarvan de handelaar ten aanzien van de consument met succes heeft gebruikgemaakt, er sprake is van een agressieve handelspraktijk;

<sup>29</sup> Ik herhaal dat de kwaliteit van die informatie zeer belangrijk is om te beoordelen of er sprake is van een misleidende handelspraktijk, maar op zich niet bepalend is om een agressieve handelspraktijk aan te nemen (waarvan bovendien ook sprake kan zijn wanneer de informatie toereikend en waarheidsgetrouw is).

- het, om zoveel mogelijk te garanderen dat de houding van de koerier geen ongepaste beïnvloeding vormt, van belang is dat zijn gedrag zodanig is geregeld dat elk aspect van psychologische druk op de consument kan worden uitgesloten.”