



Jurisprudentie

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL
E. SHARPSTON
van 12 maart 2020¹

Zaak C-639/18

**KH
tegen
Sparkasse Südholstein**

[verzoek van het Landgericht Kiel (rechter in eerste aanleg Kiel, Duitsland) om een prejudiciële beslissing]

„Richtlijn 2002/65/EG – Consumentenbescherming – Financiële diensten – Verkoop op afstand – Consumentenkredietovereenkomst – Latere overeenkomst betreffende het rentetarief – Georganiseerd systeem voor dienstverrichting op afstand”

1. Het onderhavige verzoek om een prejudiciële beslissing van het Landgericht Kiel (rechter in eerste aanleg Kiel, Duitsland) noodzaakt het Hof voor het eerst tot uitlegging van artikel 2, onder a), van richtlijn 2002/65/EG² en het begrip „overeenkomst op afstand”. Is in die context een latere overeenkomst betreffende het rentetarief waarbij een leningovereenkomst alleen wordt gewijzigd met betrekking tot de hoogte van het rentetarief, een „overeenkomst” waarop richtlijn 2002/65 van toepassing is? Aan de hand van welke criteria kan een overeenkomst die zonder gelijktijdige fysieke aanwezigheid van aanbieder en consument is gesloten, als „overeenkomst op afstand” in de zin van artikel 2, onder a), van die richtlijn worden aangemerkt?

Unierecht

VWEU

2. Artikel 12 VWEU bepaalt dat „[m]et de eisen ter zake van consumentenbescherming [...] rekening [wordt] gehouden bij het bepalen en uitvoeren van het beleid en het optreden van de Unie op andere gebieden”.

Handvest van de grondrechten van de Europese Unie

3. Volgens artikel 38 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (hierna: „Handvest”)³ wordt in het beleid van de Unie „zorg gedragen voor een hoog niveau van consumentenbescherming”.

1 Oorspronkelijke taal: Engels.

2 Richtlijn 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). Een aantal bepalingen van die richtlijn is sinds de vaststelling van de richtlijn gewijzigd (de laatste geconsolideerde versie is die van 2018), maar de in casu relevante bepalingen zijn ongewijzigd gebleven.

3 PB 2007, C 303, blz. 1.

Richtlijn 97/7

4. Richtlijn 97/7/EG betreffende de bescherming van de consument bij op afstand gesloten overeenkomsten was de eerste maatregel strekkende tot het nader tot elkaar brengen van wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen van de lidstaten inzake op afstand gesloten overeenkomsten in het algemeen tussen consumenten en leveranciers.⁴

5. Artikel 2, lid 1, omschrijft een „overeenkomst op afstand” als „elke overeenkomst tussen een leverancier en een consument inzake goederen of diensten die wordt gesloten in het kader van een door de leverancier georganiseerd systeem voor verkoop of dienstverlening op afstand waarbij, voor deze overeenkomst, uitsluitend gebruikgemaakt wordt van een of meer technieken voor communicatie op afstand tot en met de sluiting van de overeenkomst zelf”.

6. Artikel 3, lid 1, eerste streepje, in de oorspronkelijke versie ervan, is vervangen bij artikel 18 van richtlijn 2002/65, teneinde uitdrukkelijk te preciseren dat overeenkomsten betreffende financiële diensten waarop richtlijn 2002/65 van toepassing is, niet binnen de werkingssfeer van richtlijn 97/7 vallen.

Richtlijn 2002/65

7. In de overwegingen bij richtlijn 2002/65 wordt het volgende verklaard: „In het kader van de interne markt is het voor de consumenten van belang om zonder discriminatie toegang te hebben tot een zo breed mogelijke verscheidenheid van [...] verkrijgbare financiële diensten [...]. Om de keuzevrijheid – een essentieel recht voor de consument – te garanderen, is een hoog niveau van consumentenbescherming nodig teneinde het vertrouwen van de consument in de verkoop op afstand te versterken.”⁵ „Door deze richtlijn moet een hoog niveau van consumentenbescherming worden gewaarborgd, teneinde het vrije verkeer van financiële diensten te verzekeren.”⁶ „Deze richtlijn bestrijkt alle financiële diensten die op afstand kunnen worden verricht.”⁷ „Een overeenkomst op afstand wordt gekenmerkt door het gebruik van een of meer technieken voor communicatie op afstand. Die verschillende technieken worden gebruikt in het kader van een georganiseerd systeem voor verkoop of dienstverrichting op afstand zonder dat de aanbieder en de consument gelijktijdig aanwezig zijn. De voortdurende ontwikkeling van deze technieken noopt ertoe beginselen vast te stellen die ook voor nog maar weinig gebruikte technieken gelden. Derhalve zijn overeenkomsten op afstand diegene waarbij het aanbod, de onderhandeling en het sluiten op afstand gebeuren.”⁸ „Eenzelfde overeenkomst bestaande uit opeenvolgende verrichtingen of een reeks in de tijd gespreide, aparte verrichtingen van dezelfde aard kan in de verschillende lidstaten uiteenlopende juridische kwalificaties krijgen. Het is echter van belang dat deze richtlijn in alle lidstaten op dezelfde wijze wordt toegepast. Met het oog hierop moet ervan worden uitgegaan dat deze richtlijn van toepassing is op de eerste van een reeks opeenvolgende verrichtingen of de eerste van een reeks in de tijd gespreide, aparte verrichtingen die geacht kunnen worden een geheel te vormen, zulks ongeacht de vraag of die verrichting of reeks verrichtingen in slechts één overeenkomst dan wel in opeenvolgende aparte overeenkomsten is of zijn geregeld.”⁹ „Onder een ‚initieel akkoord over diensten’ wordt bijvoorbeeld verstaan het openen van een bankrekening, het aanschaffen van een kredietkaart, het afsluiten van een portefeuillebeheerscontract. Onder ‚verrichtingen’ wordt bijvoorbeeld verstaan geld op een

4 Zie artikel 1 van deze richtlijn van het Europees Parlement en de Raad van 20 mei 1997 (PB 1997, L 144, blz. 19). Die richtlijn is ingetrokken en vervangen door 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).

5 Overweging 3.

6 Overweging 13.

7 Overweging 14.

8 Overweging 15.

9 Overweging 16.

bankrekening deponeren of ervan opnemen, betalen met een kredietkaart, transacties verrichten in het kader van een portefeuillebeheerscontract. Het toevoegen van nieuwe elementen aan een initieel akkoord over diensten, zoals de mogelijkheid om een instrument voor elektronisch betalen te gebruiken in combinatie met een bestaande bankrekening, vormt geen ‚verrichting‘, maar een aanvullende overeenkomst, waarop deze richtlijn van toepassing is. De inschrijving op nieuwe rechten van deelneming in dezelfde instelling voor collectieve belegging wordt als één van een reeks ‚openvolgende verrichtingen van dezelfde aard‘ beschouwd.”¹⁰ „Deze richtlijn bestrijkt een door de financiële dienstverrichter georganiseerd dienstverrichtingsstelsel, met uitsluiting van het strikt incidenteel verrichten van diensten buiten een commerciële structuur die erop gericht is overeenkomsten op afstand te sluiten.”¹¹ „Het gebruik van technieken voor communicatie op afstand mag niet tot een ongerechtvaardigde vermindering van de aan de consument verstrekte informatie leiden. Deze richtlijn bevat ter wille van de doorzichtigheid minimumvereisten om ervoor te zorgen dat de consument voldoende wordt ingelicht, zowel voorafgaand aan het sluiten van de overeenkomst als daarna.”¹² „Voor een optimale bescherming van de consument is het van belang dat deze voldoende wordt ingelicht over de bepalingen van deze richtlijn en van eventuele gedragscodes ter zake, en dat hij beschikt over een herroepingsrecht.”¹³

8. Artikel 1 luidt:

„1. Deze richtlijn heeft tot doel de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen van de lidstaten inzake de verkoop op afstand van financiële diensten aan consumenten nader tot elkaar te brengen.

2. In geval van overeenkomsten betreffende financiële diensten die een initieel akkoord over diensten omvatten, gevolgd door openvolgende verrichtingen of een reeks in de tijd gespreide aparte verrichtingen van dezelfde aard, is deze richtlijn alleen van toepassing op het initiële akkoord.

Ingeval een initieel akkoord over diensten ontbreekt, maar de openvolgende verrichtingen of een reeks in de tijd gespreide aparte verrichtingen van dezelfde aard tussen dezelfde overeenkomstsluitende partijen worden uitgevoerd, zijn de artikelen 3 en 4 uitsluitend van toepassing wanneer de eerste verrichting wordt uitgevoerd. Indien er evenwel langer dan één jaar geen verrichting van dezelfde aard wordt uitgevoerd, wordt de uitvoering van de volgende verrichting geacht de uitvoering van de eerste van een nieuwe reeks verrichtingen te zijn en zijn de artikelen 3 en 4 dienovereenkomstig van toepassing.”

9. Artikel 2, onder a), omschrijft een „overeenkomst op afstand” als „elke overeenkomst inzake financiële diensten tussen een aanbieder en een consument die wordt gesloten in het kader van een door de aanbieder georganiseerd systeem voor verkoop of dienstverrichting op afstand, waarbij voor deze overeenkomst tot en met de sluiting ervan uitsluitend gebruikgemaakt wordt van een of meer technieken voor communicatie op afstand”.

10. Volgens artikel 2, onder b), wordt verstaan onder „financiële dienst” „iedere dienst van bancaire aard of op het gebied van kredietverstrekking, verzekering, individuele pensioenen, beleggingen en betalingen”.

11. Artikel 2, onder e), omschrijft „techniek voor communicatie op afstand” als „ieder middel dat, zonder gelijktijdige fysieke aanwezigheid van aanbieder en consument, kan worden gebruikt voor de verkoop op afstand van een dienst tussen die partijen”.

¹⁰ Overweging 17.

¹¹ Overweging 18.

¹² Overweging 21.

¹³ Overweging 23.

12. Artikel 3 bepaalt:

„1. De consument ontvangt geruime tijd voordat hij is gebonden door een overeenkomst op afstand of een aanbod, de volgende informatie betreffende:

[...]

3. de overeenkomst op afstand

- a) het al dan niet bestaan van het in artikel 6 bedoelde herroepingsrecht, en, waar dat recht bestaat, de duur van en de voorwaarden voor de uitoefening van dat recht, met inbegrip van informatie over het bedrag dat de consument gehouden kan zijn te betalen op grond van artikel 7, lid 1, alsook de gevolgen van niet-uitoefening van dat recht;

[...]

[...]

2. De in lid 1 bedoelde informatie, waarvan het commerciële oogmerk duidelijk vast te stellen moet zijn, wordt duidelijk en begrijpelijk medegedeeld op een wijze die passend is bij de gebruikte techniek voor communicatie op afstand, daarbij met name rekening houdend met de beginselen van goede trouw bij handelstransacties en de beginselen inzake de bescherming van krachtens de wetgeving van de lidstaten handelingsonbekwame personen, zoals minderjarigen.

[...]”

13. In artikel 6 is bepaald:

„1. De lidstaten zorgen ervoor dat de consument beschikt over een termijn van 14 kalenderdagen om de overeenkomst zonder boete en zonder opgave van redenen te herroepen. [...]

De termijn waarop een overeenkomst kan worden herroepen gaat in:

- hetzij op de dag waarop de overeenkomst op afstand wordt gesloten, behalve met betrekking tot overeenkomsten betreffende de genoemde levensverzekeringen, waarvoor de termijn ingaat op het tijdstip waarop aan de consument wordt meegedeeld dat de overeenkomst op afstand is gesloten;
- hetzij op de dag waarop de consument de in artikel 5, lid 1 of 2, bedoelde contractvoorwaarden en informatie ontvangt, indien dit later is.

[...]

2. Het herroepingsrecht is niet van toepassing op:

[...]

- c) overeenkomsten die op uitdrukkelijk verzoek van de consument door beide partijen volledig zijn uitgevoerd voordat de consument van zijn herroepingsrecht gebruikmaakt.

3. De lidstaten kunnen bepalen dat het herroepingsrecht niet geldt voor:

- a) kredieten die hoofdzakelijk bestemd zijn voor het verkrijgen of het behouden van eigendomsrechten op grond of een bestaand of gepland gebouw, of voor het renoveren of verbeteren van een gebouw; of

b) kredieten die gedekt zijn door een hypotheek op een onroerend goed of door een recht op een onroerend goed;

[...]

6. Wanneer de consument zijn herroepingsrecht uitoefent, moet hij daarvan vóór het verstrijken van de vastgestelde termijn op naar het nationale recht aantoonbare wijze kennis geven volgens de instructies die hem overeenkomstig artikel 3, lid 1, punt 3, onder d), zijn gegeven. De kennisgeving wordt als tijdig aangemerkt, indien zij schriftelijk of op een voor de ontvanger beschikbare en toegankelijke duurzame drager is verzonden vóór het verstrijken van de termijn.

[...]”

14. Artikel 11 luidt:

„De lidstaten voorzien in passende sancties voor inbreuken door de aanbieder op krachtens deze richtlijn aangenomen nationale bepalingen.

Daartoe kunnen zij met name bepalen dat de consument de overeenkomst op elk moment zonder kosten en zonder boete kan opzeggen.

De genoemde sancties dienen doeltreffend, evenredig en afschrikkend te zijn.”

15. Artikel 18 strekt tot vervanging van artikel 3, lid 1, eerste streepje, van richtlijn 97/7 en bepaalt dat die laatste richtlijn niet van toepassing is op overeenkomsten „betreffende financiële diensten waarop [richtlijn 2002/65] van toepassing is”.

Nationaal recht

16. § 312b, lid 1, van het Bürgerliche Gesetzbuch (burgerlijk wetboek; hierna: „BGB”), in de van 8 december 2004 tot en met 22 februari 2011 toepasselijke versie, bepaalt dat „[o]vereenkomsten op afstand [...] overeenkomsten [zijn] over de levering van goederen of de verrichting van diensten, met inbegrip van financiële diensten, die tussen een ondernemer en een consument worden gesloten met uitsluitende gebruikmaking van technieken voor communicatie op afstand, tenzij de overeenkomst niet wordt gesloten in het kader van een georganiseerd systeem voor verkoop of dienstverrichting op afstand. Financiële diensten als bedoeld in de eerste zin, zijn diensten van bancaire aard of op het gebied van kredietverstrekking, verzekering, individuele pensioenen, beleggingen en betalingen.”

17. § 312d, leden 1 en 2, BGB, in de van 8 december 2004 tot en met 10 juni 2010 toepasselijke versie, luidt als volgt:

„(1) De consument die een overeenkomst op afstand sluit, heeft een herroepingsrecht krachtens § 355.
[...]

(2) In afwijking van § 355, lid 2, eerste zin, gaat de herroepingstermijn niet in voordat is voldaan aan de informatieverplichtingen krachtens § 312c, lid 2; [...] bij dienstverrichtingen niet vóór de dag waarop de overeenkomst wordt gesloten.”

18. In § 312d, leden 1 en 2, BGB, in de van 11 juni 2010 tot en met 3 augustus 2011 toepasselijke versie, is het volgende bepaald:

„(1) De consument die een overeenkomst op afstand sluit, heeft een herroepingsrecht krachtens § 355.
[...]

(2) In afwijking van § 355, lid 3, eerste zin, gaat de herroepingstermijn niet in voordat is voldaan aan de informatieverplichtingen krachtens artikel 246, § 2, juncto § 1, leden 1 en 2, van het Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche [(wet tot invoering van het BGB)] [...].”

19. § 495 BGB, in de van 1 augustus 2002 tot en met 12 juni 2014 toepasselijke versie, bepaalt dat „[d]e kredietnemer [...] in het geval van een consumentenkredietovereenkomst een herroepingsrecht overeenkomstig § 355 [heeft]”.

Feiten, procedure en prejudiciële vragen

20. Sparkasse Südholstein is een regionale bank met filialen. Zij sluit hypothecaire leningovereenkomsten ter financiering van onroerend goed en doet dit uitsluitend in haar filialen. In bepaalde gevallen worden dergelijke overeenkomsten in het kader van bestaande contractuele betrekkingen aangevuld of gewijzigd door gebruik te maken van technieken voor communicatie op afstand. Vast staat dat Sparkasse Südholstein begin 2008 reeds in een aantal gevallen overeenkomsten had gesloten waarbij zij uitsluitend had gebruikgemaakt van technieken voor communicatie op afstand.

21. De procedure bij de verwijzende rechter betreft drie leningovereenkomsten die KH als consument met Sparkasse Südholstein heeft gesloten:

- Op 1 juli 1994 sloot KH met de rechtsvoorganger van Sparkasse Südholstein een leningovereenkomst ten bedrage van 114 000 Duitse mark (DEM) (ongeveer 58 000 EUR; hierna: „eerste lening”) ter financiering van de aankoop van een onroerend goed. De lening moest op 30 december 2017 zijn afgelost. Over de lening was rente verschuldigd die voor een initiële termijn van tien jaar was vastgesteld op 6,95 % per jaar. Ten vroegste zes weken vóór 30 mei 2004 kon elke partij om onderhandelingen verzoeken over een aanpassing van het rentetarief met ingang van 1 juni 2004. Indien geen overeenkomst werd bereikt, golden vanaf 1 juni 2004 „variabele voorwaarden” die Sparkasse Südholstein in elk afzonderlijk geval voor het betrokken soort leningen vaststelde (dat wil zeggen een variabel rentetarief). Ook werd een hypotheek afgesloten tot zekerheid van die lening.

Op 25 mei 2004 kwamen partijen bij wijzigingsovereenkomst een rentetarief van 5,03 % per jaar overeen dat met ingang van 1 juni 2004 voor een volgende termijn van tien jaar gold.

In oktober 2010¹⁴ sloten partijen, uitsluitend door gebruik te maken van technieken voor communicatie op afstand, een volgende overeenkomst betreffende het rentetarief volgens welke over de lening vanaf 1 juni 2014 voor de resterende contractuele looptijd een rente van 4,01 % verschuldigd was. KH werd niet over een herroepingsrecht geïnformeerd.

Tussen juni 2014 en november 2017 betaalde KH op grond van die overeenkomst 8 180,76 EUR aan Sparkasse Südholstein. KH loste de lening op 29 december 2017 volledig af met een betaling van 58 287,27 EUR.

- Op 17 juli 1994 sloot KH met de rechtsvoorganger van Sparkasse Südholstein een andere leningovereenkomst ten bedrage van 112 000 DEM (ongeveer 57 000 EUR; hierna: „tweede lening”) ter financiering van een onroerend goed. Over de lening was rente verschuldigd die voor een initiële termijn van vijf jaar was vastgesteld op 5,7 % per jaar. Ten vroegste zes weken vóór 30 mei 1999 kon elke partij om onderhandelingen verzoeken over een aanpassing van het rentetarief met ingang van 1 juni 1999. Indien geen overeenkomst werd bereikt, golden vanaf 1 juni 1999

¹⁴ Die datum is gebaseerd op de door de verwijzende rechter verstrekte informatie. Hij valt mijns inziens vroeger dan het einde van de termijn van tien jaar die in de wijzigingsovereenkomst van 25 mei 2004 was bepaald.

„variabele voorwaarden” die Sparkasse Südholstein in elk afzonderlijk geval voor het betrokken soort leningen vaststelde (dat wil zeggen een variabel rentetarief). Ook werd een hypotheek afgesloten tot zekerheid van die lening.

In 1999 kwamen partijen bij wijzigingsovereenkomst een rentetarief van 4,89 % per jaar overeen dat met ingang van 1 juni 1999 voor een termijn van tien jaar gold.

Op 15 april 2009 kwamen partijen, uitsluitend door gebruik te maken van technieken voor communicatie op afstand, een rentetarief van 5,16 % per jaar overeen dat met ingang van 1 juni 2009 voor een volgende termijn van tien jaar gold. KH werd niet over een herroepingsrecht geïnformeerd.

Tussen juni 2009 en februari 2018 betaalde KH op grond van die overeenkomst 18 243,75 EUR aan Sparkasse Südholstein. Verder betaalde KH op 30 november 2009 rekeningkosten ten bedrage van 12 EUR aan Sparkasse Südholstein.

- Op 4 november 1999 kende de rechtsvoorganger van Sparkasse Südholstein KH een lening toe ten bedrage van 30 000 DEM (ongeveer 15 000 EUR; hierna: „derde lening”). Volgens de desbetreffende overeenkomst was de lening bestemd voor een „deelneming in een onderneming”, maar er werd overeengekomen dat zij in werkelijkheid als persoonlijke lening zou worden gebruikt. Over de lening was rente verschuldigd die voor een initiële termijn van tien jaar was vastgesteld op 6,6 % per jaar. Ten vroegste zes weken vóór 30 november 2008 kon elke partij om onderhandelingen verzoeken over een aanpassing van het rentetarief met ingang van 1 december 2008. Indien geen overeenkomst werd bereikt, golden vanaf 1 december 2008 „variabele voorwaarden” die Sparkasse Südholstein in elk afzonderlijk geval voor het betrokken soort leningen vaststelde (dat wil zeggen een variabel rentetarief). Ook werd een hypotheek afgesloten tot zekerheid van die lening.

Eind 2008 sloten partijen, uitsluitend door gebruik te maken van technieken voor communicatie op afstand, een aanvullende overeenkomst betreffende het rentetarief volgens welke over de lening vanaf 1 december 2008 voor een duur van tien jaar een rente van 4,87 % per jaar verschuldigd was. Sparkasse Südholstein informeerde KH niet over een herroepingsrecht.

Tussen december 2008 en februari 2018 betaalde KH op grond van die overeenkomst in het totaal 8 328,33 EUR aan Sparkasse Südholstein.

22. Op 2 september 2015 heeft KH de drie, in 2008, 2009 en 2010 gesloten, latere overeenkomsten betreffende het rentetarief herroepen. Zij motiveerde de herroeping op grond dat die overeenkomsten betreffende het rentetarief op afstand waren gesloten en dat Sparkasse Südholstein gebruikmaakte van een georganiseerd systeem voor verkoop op afstand. KH stelde dat zij derhalve op grond van § 495, lid 1, BGB (in de op de feiten van het hoofdgeding toepasselijke versie) of, subsidiair, op grond van § 312d, lid 1, eerste zin, BGB (in de op de feiten van het hoofdgeding toepasselijke versie) het recht had de overeenkomsten te herroepen.

23. KH heeft daarop de onderhavige procedure ingesteld bij het Landgericht Kiel (hierna: „verwijzende rechter”), waarbij zij terugbetaling eiste van de bedragen die zij sinds de sluiting van de herroepen wijzigingsovereenkomsten had voldaan aan rente en aflossing, van de rekeningkosten, alsook compensatie voor de daaruit door verweerster verkregen winst.

24. Meer bepaald vordert KH bij de verwijzende rechter: 1) veroordeling van Sparkasse Südholstein tot betaling aan haar van 37 285,38 EUR, te vermeerderen met rente; 2) vaststelling dat, op grond van haar herroeping van 2 september 2015, voor de tweede en de derde lening geen overeenkomst meer bestaat over een vast rentetarief; 3) vaststelling dat zij op grond van haar herroeping van 2 september 2015 niet meer verplicht is tot betaling van maandelijkse termijnen voor de tweede en de derde lening,

en 4) vaststelling dat Sparkasse Südholstein verplicht is aan haar alle bedragen terug te betalen die zij in het kader van de tweede en de derde lening heeft betaald tussen de dag na de terechtzitting en het tijdstip waarop de beslissing kracht van gewijsde krijgt, te vermeerderen met rente vanaf de datum van bijschrijving van haar eerste betalingen op de leningrekening.

25. Sparkasse Südholstein betoogt dat KH niet over een herroepingsrecht beschikte en verzoekt de verwijzende rechter het beroep te verwerpen.

26. De verwijzende rechter merkt op dat het antwoord op de vraag of een herroepingsrecht bestaat, afhangt van de uitlegging van artikel 2, onder a), van richtlijn 2002/65. Wil het herroepingsrecht als bedoeld in § 312b, lid 1, en § 312d, leden 1 en 2, BGB, waarbij richtlijn 2002/65 is omgezet, op de onderhavige zaken van toepassing zijn, dan moeten de betrokken transacties vallen onder het begrip „overeenkomst die wordt gesloten in het kader van een georganiseerd systeem voor verkoop of dienstverrichting op afstand” (§ 312b, lid 1, BGB), gelezen in samenhang met die richtlijn. Dat begrip is in de nationale rechtspraak en rechtsleer op uiteenlopende wijze uitgelegd. In de toelichting bij het ontwerp voor de nationale wettelijke regeling wordt uiteengezet dat het de bedoeling is om transacties die incidenteel en eerder toevallig door technieken voor communicatie op afstand zijn gesloten, van de werkingssfeer van die regeling uit te sluiten. Sparkasse Südholstein is echter (wat personeel en middelen betreft) uitgerust om regelmatig op afstand wijzigings- en aanvullende overeenkomsten met bestaande klanten te sluiten.

27. Voorts moet het begrip „overeenkomst over de verrichting van diensten, met inbegrip van financiële diensten” (§ 312b, lid 1, BGB) ook worden uitgelegd in overeenstemming met richtlijn 2002/65. Het Oberlandesgericht Frankfurt am Main (hoogste rechterlijke instantie van de deelstaat Hessen, Frankfurt am Main, Duitsland) heeft in dat verband eerder geoordeeld dat de „wijziging van voorwaarden van een reeds verstrekte lening [...] geen (nieuwe, aparte) levering [vormt] van een dienst door de bank. Zij maakt daarentegen deel uit van de oorspronkelijke verstrekking van de lening. Van het bestaan van een op afstand gesloten overeenkomst kan alleen worden uitgegaan op voorwaarde van levering van een goed of dienst door de ondernemer, wat niet het geval is wanneer volgens de gesloten overeenkomst alleen de consument verplicht is een voor de kredietovereenkomst kenmerkende prestatie te leveren”. De verwijzende rechter is evenwel van oordeel dat overeenkomsten tot wijziging van de leningsvoorwaarden binnen de werkingssfeer van richtlijn 2002/65 vallen.

28. Tegen die achtergrond wenst de verwijzende rechter een antwoord op de volgende prejudiciële vragen:

- „1) Moet een overeenkomst waarbij een bestaande leningovereenkomst uitsluitend wordt gewijzigd met betrekking tot de hoogte van het overeengekomen rentetarief (aanhangsel betreffende het rentetarief), worden beschouwd als overeenkomst die wordt ‚gesloten in het kader van een door de aanbieder georganiseerd systeem voor verkoop of dienstverrichting op afstand’ in de zin van artikel 2, onder a), van [richtlijn 2002/65] wanneer een bank met een netwerk van filialen hypothecaire leningovereenkomsten ter financiering van onroerend goed enkel binnen haar verkoopruimten sluit, terwijl zij in het kader van lopende zakelijke betrekkingen bij de sluiting van overeenkomsten tot wijziging van reeds bestaande leningovereenkomsten deels ook uitsluitend gebruikmaakt van technieken voor communicatie op afstand?
- 2) Is er sprake van een ‚overeenkomst inzake financiële diensten’ in de zin van artikel 2, onder a), van [richtlijn 2002/65] wanneer een bestaande leningovereenkomst uitsluitend wordt gewijzigd met betrekking tot het overeengekomen rentetarief (aanhangsel betreffende het rentetarief), zonder dat de looptijd van de lening wordt verlengd of de hypotheeksom wordt verhoogd?”

29. KH, Sparkasse Südholstein, de Duitse regering en de Europese Commissie hebben schriftelijke opmerkingen ingediend. Ter terechtzitting van 4 september 2019 hebben die partijen hun standpunten mondeling toegelicht.

Beoordeling

Ontvankelijkheid

30. Sparkasse Südholstein stelt dat de eerste prejudiciële vraag niet-ontvankelijk is, aangezien zij niet ziet op de uitlegging van het Unierecht, dat voldoende duidelijk is, maar op de toepassing ervan op de feiten van de onderhavige zaak. Zij voert tevens aan dat de correcte toepassing op het onderhavige geval van de bepalingen van Unierecht waarop de twee prejudiciële vragen betrekking hebben, duidelijk is. Voorts volstaan de door de verwijzende rechter voorgelegde feitelijke gegevens niet om het Hof in staat te stellen de eerste prejudiciële vraag te beantwoorden.

31. Het Hof is in het kader van artikel 267 VWEU immers niet bevoegd om zich uit te spreken over de toepassing van bepalingen van Unierecht in een concreet geval.¹⁵ De prejudiciële verwijzingsprocedure van artikel 267 VWEU voorziet in „een nauwe samenwerking tussen de nationale rechterlijke instanties en het Hof, gebaseerd op een onderlinge taakverdeling, en is een instrument waarmee het Hof de nationale rechterlijke instanties de uitleggingsgegevens met betrekking tot het recht van de Unie verschaft die zij voor de beslechting van de hun voorgelegde geschillen nodig hebben”. „Een van de essentiële kenmerken van het in artikel 234 EG neergelegde stelsel van rechterlijke samenwerking houdt in dat het Hof een aan hem voorgelegde vraag over de uitlegging van het recht van de Unie veeleer in abstracte en algemene bewoordingen beantwoordt, terwijl het aan de verwijzende rechterlijke instantie staat om het bij haar aanhangige geding af te doen met inaanmerkingneming van het antwoord van het Hof.”¹⁶

32. Volgens vaste rechtspraak worden vragen betreffende de uitlegging van Unierecht die de nationale rechter heeft gesteld binnen het onder zijn verantwoordelijkheid geschetste feitelijke en wettelijke kader, ten aanzien waarvan het niet aan het Hof is de juistheid te onderzoeken, vermoed relevant te zijn. Het Hof kan slechts weigeren uitspraak te doen op een verzoek van een nationale rechterlijke instantie wanneer duidelijk blijkt dat de gevraagde uitlegging van het Unierecht geen verband houdt met een reëel geschil of met het voorwerp van het hoofdeding, wanneer het vraagstuk van hypothetische aard is of wanneer het Hof niet beschikt over de feitelijke en juridische gegevens die noodzakelijk zijn om een zinvol antwoord te geven op de gestelde vragen.¹⁷

33. Uit het verzoek om een prejudiciële beslissing blijkt duidelijk dat de verwijzende rechter het Hof vraagt om opheldering over de uitlegging van artikel 2, onder a), van richtlijn 2002/65. De verwijzende rechter preciseert dat die opheldering nodig is om nationaal recht, uitgelegd in het licht van de richtlijn, op het bij hem aanhangige geding toe te passen. Verder meen ik niet – anders dan Sparkasse Südholstein betoogt – dat het antwoord op de vragen van de verwijzende rechter „duidelijk” is, en nog minder dat het Hof de nationale rechter niet noodzakelijkerwijs hoeft bij te staan bij de uitlegging van het relevante Unierecht.

34. Wat de grief inzake vermeende leemten in de feitelijke voorstelling van de zaak betreft, kan het Hof volgens vaste rechtspraak een verzoek om een prejudiciële beslissing van een nationale rechter afwijzen wanneer het niet beschikt over de gegevens, feitelijk en rechtens, die noodzakelijk zijn om een bruikbaar antwoord te geven op de gestelde vragen.¹⁸ Ik ben evenwel van mening dat de feitelijke omstandigheden waarop de prejudiciële vragen zijn gebaseerd voldoende duidelijk worden voorgesteld in de verwijzingsbeslissing en dat het Hof op basis van die beslissing een nuttig antwoord kan geven op de vragen.

¹⁵ Arrest van 18 december 1986, VAG France (10/86, EU:C:1986:502, punt 7).

¹⁶ Arrest van 4 februari 2010, Genc (C-14/09, EU:C:2010:57, punten 30 en 31).

¹⁷ Arrest van 19 december 2019, Junqueras Vies (C-502/19, EU:C:2019:1115, punt 55 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

¹⁸ Arrest van 16 februari 2012, Varzim Sol (C-25/11, EU:C:2012:94, punt 29).

35. Derhalve kom ik tot de slotsom dat de prejudiciële vragen ontvankelijk zijn.

Prejudiciële vragen

Inleidende opmerkingen

36. Richtlijn 2002/65 maakt deel uit van een alomvattend beleid van de Uniewetgever dat ertoe strekt een geïntegreerde markt voor financiële instrumenten en verkoop op afstand daarvan tot stand te brengen. Deze richtlijn vormt met name een aanvulling op richtlijn 97/7 betreffende de bescherming van de consument bij op afstand gesloten overeenkomsten in verband met het verrichten van financiële diensten.

37. Het begrip „financiële diensten” is niet omschreven in richtlijn 97/7.¹⁹ Het is wel omschreven in artikel 2, onder b), van richtlijn 2002/65, namelijk als „diensten van bancaire aard of op het gebied van kredietverstrekking, verzekering, individuele pensioenen, beleggingen en betalingen”.

38. Die omschrijving is ruim en dekt vele soorten producten.²⁰ Uit de toelichting bij het gewijzigde voorstel blijkt dat dit de bedoeling van de Uniewetgever was: in het voorstel wordt gepreciseerd dat „[d]e definitie van financiële diensten [...] in vergelijking met het oorspronkelijke voorstel [is] vereenvoudigd: elke verwijzing naar bestaande richtlijnen is verwijderd teneinde enerzijds te garanderen dat elke financiële dienst die aan een consument kan worden aangeboden onder het toepassingsgebied valt en anderzijds leemten te vermijden, hetgeen met de vorige definitie het geval was”.²¹ Ook uit de bewoordingen zelf van artikel 2, onder b), van richtlijn 2002/65 volgt dat diensten op het gebied van „kredietverstrekking”, zoals leningen, financiële diensten zijn.²² Derhalve zijn dergelijke diensten uitgesloten van de werkingssfeer van richtlijn 97/7. KH kan bijgevolg niet op goede gronden stellen dat richtlijn 97/7 in casu van toepassing kan zijn.

39. Thans zal ik de gestelde vragen onderzoeken. Ik meen dat het logischer is ze in omgekeerde volgorde te behandelen.

Tweede vraag

40. Met zijn tweede vraag wenst de verwijzende rechter te vernemen of onder het begrip „overeenkomst inzake financiële diensten” in de zin van artikel 2, onder a), van richtlijn 2002/65 ook een overeenkomst valt waarbij een bestaande leningovereenkomst wordt gewijzigd met betrekking tot het rentetarief, zonder dat de looptijd van de lening wordt verlengd of de hypotheeksom wordt verhoogd.

41. Zoals de verwijzende rechter in zijn verwijzingsbeslissing uiteenzet, rijst die vraag in essentie omdat in artikel 1, lid 2, van richtlijn 2002/65 is bepaald dat wanneer een overeenkomst betreffende financiële diensten een initieel akkoord over diensten omvat, gevolgd door opeenvolgende verrichtingen of een reeks in de tijd gespreide aparte verrichtingen van dezelfde aard, de richtlijn alleen van toepassing op het initiële akkoord.

19 Bijlage II bij richtlijn 97/7, die op grond van artikel 18 van richtlijn 2002/65 werd geschrapt, bevatte een niet-uitputtende lijst van financiële diensten: beleggingsdiensten, verzekerings- en herverzekeringstransacties, bankdiensten en diensten met betrekking tot termijntransacties of opties.

20 Haentjens, M., en de Gioia-Carabellese, P., *European Banking and Financial Law*, Routledge, Londen en New York, 2015, blz. 64.

21 Gewijzigd voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende de verkoop op afstand van financiële diensten aan consumenten en tot wijziging van de richtlijnen 97/7/EG en 98/27/EG [COM(1999) 385 def.] (PB 2000, C 177 E, blz. 21; hierna: „gewijzigd voorstel voor een richtlijn”).

22 Zie ook de conclusie van advocaat-generaal Bot in de zaak Kareda (C-249/16, EU:C:2017:305, punt 41).

42. Heeft het sluiten van een latere overeenkomst met betrekking tot het rentetarief tot gevolg dat de aanbieder (de kredietverstrekker) de verplichtingen van richtlijn 2002/65 moet naleven? Of is hij daarvan, op grond van artikel 1, lid 2, ervan, vrijgesteld?

43. Sparkasse Südholstein en de Duitse regering betogen dat de bepalingen van richtlijn 2002/65 niet van toepassing zijn op een latere overeenkomst met betrekking tot het rentetarief. Een dergelijke overeenkomst heeft uitsluitend betrekking op de hoofdverbintenis van de consument uit hoofde van een leningovereenkomst en niet op de andere aspecten van de overeenkomst. Een overeenkomst met betrekking tot het rentetarief kan dan ook niet als een zelfstandige overeenkomst worden beschouwd.

44. De Commissie en KH betogen dat de latere overeenkomst met betrekking tot het rentetarief een „overeenkomst inzake financiële diensten” is waarop richtlijn 2002/65 van toepassing is.

45. De volledige harmonisatie van de nationale bepalingen die richtlijn 2002/65 beoogt, impliceert dat de bewoordingen ervan in alle lidstaten op dezelfde wijze worden uitgelegd.²³ Volgens vaste rechtspraak van het Hof vereist de uniforme toepassing van het Unierecht dat, wanneer een bepaling van Unierecht voor een bepaald begrip niet naar het recht van de lidstaten verwijst, dat begrip in de gehele Europese Unie autonoom en uniform wordt uitgelegd, rekening houdend met de context van de bepaling en het doel van de betrokken regeling.²⁴

46. Met een uniforme uitlegging in de context van de verkoop op afstand van financiële diensten kunnen verschillen tussen de lidstaten worden vermeden. Dat is met name van belang in een sector die intrinsiek grensoverschrijdend van aard is. De maatregelen die worden genomen om de interne markt te versterken mogen de consumentenbescherming evenwel niet ondermijnen; integendeel, zij moeten – zoals in overweging 1 van richtlijn 2002/65 is vermeld – ertoe bijdragen een hoog niveau van bescherming van consumenten die op de markt handelen, te bereiken. Die gemeenschappelijke regels wegen het vereiste om de interne markt te versterken af tegen het vereiste om een hoog niveau van consumentenbescherming te bieden en strekken zo tot een groter vertrouwen van de consument, die eerder tot verkoop op afstand bereid zal zijn.²⁵ Richtlijn 2002/65 beoogt consumenten een ruime bescherming te bieden door hun een aantal rechten inzake overeenkomsten op afstand toe te kennen, aangezien het gebruik van technieken voor communicatie op afstand er niet toe mag leiden dat de consument minder informatie ontvangt.²⁶

47. Artikel 2, onder a), omschrijft het begrip „overeenkomst op afstand” als „elke overeenkomst inzake financiële diensten tussen een aanbieder en een consument die wordt gesloten in het kader van een door de aanbieder georganiseerd systeem voor verkoop of dienstverrichting op afstand”. In overweging 14 wordt verklaard dat de richtlijn „alle financiële diensten” bestrijkt die op afstand kunnen worden verricht.

48. Op basis van die teksten kan ervan worden uitgegaan dat het begrip „overeenkomst op afstand”, waarop de bepalingen van richtlijn 2002/65 van toepassing zijn, ruim moet worden opgevat, aangezien artikel 2, onder a), verwijst naar „elke overeenkomst” en overweging 14 naar „alle financiële diensten”. Die zienswijze is ook in overeenstemming met de beschermingsdoelstelling van de richtlijn, namelijk het waarborgen van een hoog niveau van consumentenbescherming.

23 Arrest van 11 september 2019, Romano (C-143/18, EU:C:2019:701, punten 34 en 55).

24 Arrest van 7 september 2017, Schottelius (C-247/16, EU:C:2017:638, punt 31).

25 Zie conclusie van advocaat-generaal Pitruzzella in de zaak Romano (C-143/18, EU:C:2019:273, punten 41 en 42).

26 In overweging 12 wordt gepreciseerd dat gemeenschappelijke regels moeten worden vastgesteld „zonder daarbij de algemene bescherming van de consument in de lidstaten aan te tasten”. Zie in die zin en naar analogie ook arrest van 5 juli 2012, Content Services (C-49/11, EU:C:2012:419, punt 36), dat betrekking heeft op richtlijn 97/7.

49. In overweging 16 wordt voorts gepreciseerd dat de Uniewetgever zich er bij de redactie van richtlijn 2002/65 van bewust was dat eenzelfde overeenkomst bestaande uit opeenvolgende verrichtingen of een reeks in de tijd gespreide, aparte verrichtingen van dezelfde aard in de verschillende lidstaten uiteenlopende juridische kwalificaties kon krijgen. De overwegingen van de richtlijn geven enkele aanwijzingen over de uitlegging van die begrippen.

50. Zo staat in de overwegingen te lezen dat de richtlijn van toepassing is op „de eerste van een reeks opeenvolgende verrichtingen of de eerste van een reeks in de tijd gespreide, aparte verrichtingen die geacht kunnen worden een geheel te vormen, zulks ongeacht de vraag of die verrichting of reeks verrichtingen in slechts één overeenkomst dan wel in opeenvolgende aparte overeenkomsten is of zijn geregeld”.²⁷ Het begrip „initieel akkoord over diensten” wordt gepreciseerd aan de hand van enkele voorbeelden, zoals „het openen van een bankrekening, het aanschaffen van een kredietkaart” of „het afsluiten van een portefeuillebeheerscontract”, terwijl „geld op een bankrekening deponeren of ervan opnemen, betalen met een kredietkaart” en „transacties verrichten in het kader van een portefeuillebeheerscontract” als „verrichtingen” worden aangemerkt. Evenwel „[vormt] [h]et toevoegen van nieuwe elementen aan een initieel akkoord over diensten, zoals de mogelijkheid om een instrument voor elektronisch betalen te gebruiken in combinatie met een bestaande bankrekening, [...] geen ‚verrichting’, maar een aanvullende overeenkomst, waarop deze richtlijn van toepassing is”.²⁸

51. Voor het bestaan van een „overeenkomst” in de zin van artikel 2, onder a), is het dus essentieel dat er tussen partijen een akkoord bestaat, dat wil zeggen wilsovereenstemming. De richtlijn geeft in overweging 15 aanwijzingen over de bestanddelen van een „overeenkomst”, namelijk het aanbod, de onderhandeling en het sluiten ervan. Hoewel de definities van een „overeenkomst” en een „akkoord” naar nationaal recht kunnen verschillen, lijkt het voor de toepassing van richtlijn 2002/65 te zijn vereist dat er sprake is van aanbod en aanvaarding die tot wilsovereenstemming leiden. Een „overeenkomst” die binnen de werkingssfeer van de richtlijn valt, wordt omschreven door deze tegenover een „verrichting” te stellen. Een „verrichting” is een handeling waarbij een bestaande overeenkomst *wordt uitgevoerd zonder toevoeging van nieuwe aspecten waarvoor een nieuwe wilsovereenstemming zou zijn vereist*. In het kader van een leningovereenkomst zouden individuele transacties zoals betalingen die het totaal verschuldigde bedrag verminderen dus onder „verrichting” vallen.²⁹

52. In de context van de leningovereenkomst is de „kenmerkende verbintenis” de kredietverstrekking zelf, terwijl de verbintenis van de kredietnemer tot terugbetaling van dat bedrag het gevolg is van de uitvoering van die prestatie door de kredietverstrekker.³⁰ De kredietverstrekker biedt een geldbedrag aan in de vorm van een lening. Naast het geleende bedrag zijn de andere belangrijke aspecten van de overeenkomst die zijn vereist om tot een overeenkomst te komen de structuur en de duur van de terugbetalingstermijn, en het rentetarief. Voor de potentiële kredietnemer is de essentiële vraag of hij kiest voor een vast of een variabel rentetarief. Een zeer risicomijdende consument zal eerder geneigd zijn te kiezen voor een vast rentetarief, terwijl een minder risicomijdende consument veeleer zal kiezen voor een variabel rentetarief. Wanneer de consument voor een vast rentetarief kiest, wordt soms overeengekomen dat na een bepaalde periode opnieuw over het rentetarief zal worden onderhandeld. Dat is wat in het hoofdgeding is gebeurd. Zoals de verwijzende rechter uiteenzet en Sparkasse Südholstein in haar schriftelijke opmerkingen heeft bevestigd, bevatten de drie leningovereenkomsten een soortgelijk beding, waarin was bepaald dat elke partij zes tot twee weken

²⁷ Overweging 16.

²⁸ Overweging 17.

²⁹ Zie Linaritis, I., „Toegang tot financiële diensten via het internet: in het licht van richtlijnen 2002/65/EG, 2000/31/EG, 1999/93/EG” (in het Grieks), Sakkoulas, Athene, Thessaloniki, 2005, blz. 119.

³⁰ Arrest van 15 juni 2017, Kareda (C-249/16, EU:C:2017:472, punt 41).

vóór het verstrijken van de termijn waarvoor het rentetarief was vastgesteld, mocht verzoeken om opnieuw over de rente te onderhandelen. Indien na die periode geen overeenkomst over een wijziging was bereikt, werd op die lening een variabel rentetarief van toepassing, dat door Sparkasse Südholstein voor het betrokken soort lening was vastgesteld.

53. Het blijkt dat partijen opnieuw over het rentetarief te hebben onderhandeld op basis van een nieuw voorstel van de bank. Hoewel er geen overeenkomst werd bereikt, bleven de initiële contractvoorwaarden niet onveranderd. Zij werden ingrijpend gewijzigd. Meer bepaald veranderde het rentetarief van een vast naar een variabel rentetarief. De nieuwe overeenkomst was dus niet gewoon een „verrichting” waarvan de verschillende aspecten onder de eerdere overeenkomst vielen, maar een nieuwe overeenkomst over de rentetarieven, waarvoor een nieuwe wilsovereenstemming was vereist. Een van de partijen heeft het initiatief genomen om de onderhandelingen te beginnen en er werden mogelijke rentetarieven besproken. De partijen konden een nieuw vast rentetarief overeenkomen of overstappen op een variabel rentetarief. Die tweede mogelijkheid fungeerde als standaardovereenkomst.

54. Anders dan Sparkasse Südholstein en de Duitse regering stellen, betekent het feit dat andere aspecten van de lening, zoals het geleende bedrag en de duur, in de latere overeenkomst over het rentetarief niet werden gewijzigd, niet dat die overeenkomst een loutere „verrichting” was, waarop de gedetailleerde bepalingen van richtlijn 2002/65 niet van toepassing waren. Een dergelijke uitlegging zou de werkingssfeer van een richtlijn, die zag op „elke overeenkomst” inzake financiële diensten [artikel 2, onder a)], al te zeer beperken. Niets in richtlijn 2002/65 wijst erop dat zij alleen maar van toepassing is op een wijzigingsovereenkomst wanneer die laatste alle of de meeste aspecten van de eerdere overeenkomst wijzigt. Wanneer de geldigheidstermijn van een essentieel aspect van de overeenkomst dat onder de initiële overeenkomst viel, verstrijkt en er opnieuw over wordt onderhandeld, en nieuwe voorwaarden gelden nadat een nieuwe overeenkomst is bereikt (of een standaardovereenkomst van toepassing wordt), moet de consument alle in richtlijn 2002/65 bedoelde informatie hebben gekregen die nodig was om zijn toestemming te geven.

55. Sparkasse Südholstein en de Duitse regering voeren ook aan dat, in het kader van een contractuele relatie, de initiële leningovereenkomst en de latere aanpassingen waarbij het rentetarief wordt gewijzigd als één geheel moeten worden beschouwd en één overeenkomst vormen. Sparkasse Südholstein verwijst in dat verband naar een beschikking van het Bundesgerichtshof (hoogste federale rechter in burgerlijke en strafzaken, Duitsland) van 15 januari 2019 waarin werd geoordeeld dat in gevallen van *Unechte Abschnittsfinanzierung*³¹ een overeenkomst over een rentetarief geen afzonderlijke overeenkomst, maar een onderdeel van de leningovereenkomst is. Derhalve heeft de consument alleen een herroepingsrecht voor de initiële leningovereenkomst en niet voor de latere overeenkomsten over het rentetarief.

56. Die uitspraak was mijns inziens uitsluitend gebaseerd op overwegingen van nationaal recht. Zoals ik hierboven (in punt 45) heb uitgelegd, impliceert de volledige harmonisatie van de nationale bepalingen waartoe richtlijn 2002/65 is overgegaan, dat de bewoordingen ervan in alle lidstaten op dezelfde wijze worden uitgelegd.³² Het feit dat een bepaald nationaal rechtssysteem een latere overeenkomst met betrekking tot het rentetarief als onderdeel van de initiële leningovereenkomst beschouwt, heeft dus geen gevolgen voor de uitlegging van het begrip „overeenkomst op afstand” in de zin van artikel 2, onder a), van richtlijn 2002/65 en de „verrichtingen” waarop de bepalingen van de richtlijn op grond van artikel 1, lid 2, daarvan niet van toepassing zijn. Op grond van de richtlijn geldt zij alleen niet voor bepaalde „verrichtingen”, en een overeenkomst over een rentetarief die wordt gesloten bij het verstrijken van het initiële akkoord over het rentetarief is, om de door mij vermelde redenen³³, een nieuwe „overeenkomst inzake financiële diensten”.

³¹ Letterlijk betekent die term „geveinsde gefaseerde financiering”.

³² Arrest van 11 september 2019, Romano (C-143/18, EU:C:2019:701, punten 34 en 55).

³³ Zie punten 47-53 hierboven.

57. Derhalve kom ik tot de slotsom dat het begrip „overeenkomst inzake financiële diensten” in de zin van artikel 2, onder a), van richtlijn 2002/65 aldus moet worden uitgelegd dat daaronder ook een latere overeenkomst over het rentetarief valt waarbij de looptijd van de lening niet wordt verlengd, noch de hypotheeksom wordt verhoogd. Een dergelijke overeenkomst is geen „verrichting” in de zin van artikel 1, lid 2, van richtlijn 2002/65 en dus zijn de bepalingen van die richtlijn erop van toepassing.

Eerste vraag

58. Met zijn eerste vraag wenst de verwijzende rechter in essentie te vernemen of er sprake is van een „door de aanbieder georganiseerd systeem voor verkoop of dienstverrichting op afstand” in de zin van artikel 2, onder a), van richtlijn 2002/65, wanneer een bank bepaalde soorten leningovereenkomsten alleen binnen haar verkoopruimten sluit, terwijl zij soms later overeenkomsten sluit tot wijziging van bestaande leningovereenkomsten onder uitsluitende gebruikmaking van technieken voor communicatie op afstand.

59. De definitie van „overeenkomst op afstand” in artikel 2, onder a), van richtlijn 2002/65 is gebaseerd op die in artikel 2, onder a), van richtlijn 97/7.³⁴ Zij heeft twee kenmerkende aspecten. Het eerste aspect is dat de twee contractanten – de aanbieder en de consument – bij de voorbereiding en de sluiting van de overeenkomst op afstand niet tegelijkertijd fysiek aanwezig zijn. Het tweede aspect is dat die verrichtingen plaatsvinden in het kader van een door de aanbieder georganiseerd systeem voor verkoop of dienstverrichting op afstand waarbij uitsluitend wordt gebruikgemaakt van technieken voor communicatie op afstand.³⁵

60. Wat het eerste aspect betreft, moet worden opgemerkt dat volgens de definitie van „overeenkomst op afstand” alleen is vereist dat voor de overeenkomst uitsluitend wordt gebruikgemaakt van een techniek voor communicatie op afstand. „Techniek voor communicatie op afstand” wordt in artikel 2, onder e), van richtlijn 2002/65 omschreven als „ieder middel dat, zonder gelijktijdige fysieke aanwezigheid van aanbieder en consument, kan worden gebruikt voor de verkoop op afstand van een dienst tussen die partijen”. Die omschrijving is ruim en omvat alle communicatiemiddelen zonder gelijktijdige fysieke aanwezigheid van de twee partijen, zoals telefoon, e-mail, post, fax enz. In alle fasen die noodzakelijk zijn voor het sluiten van de overeenkomst mag uitsluitend zijn gebruikgemaakt van een techniek voor communicatie op afstand.³⁶ Ik ben het eens met de opvatting in de rechtsleer dat het feit dat er vóór het sluiten van de overeenkomst face-to-facecontact is geweest tussen de aanbieder en de consument *om andere redenen* dan met het oog op het aanbod, de onderhandeling en het sluiten van de overeenkomst, op zich niet verhindert dat de overeenkomst een „overeenkomst op afstand” is.³⁷

61. De verwijzende rechter geeft aan dat bij de sluiting van de overeenkomsten inzake het rentetarief waarbij de in het hoofdgeding aan de orde zijnde initiële overeenkomsten zijn gewijzigd, uitsluitend is gebruikgemaakt van technieken voor communicatie op afstand. Op dat punt lijkt er tussen partijen geen betwisting te bestaan.

³⁴ Zie de toelichting bij het gewijzigd voorstel voor een richtlijn.

³⁵ Zie overwegingen 15 en 18 alsmede artikel 2, onder a), van richtlijn 2002/65. Zie ook, naar analogie, conclusie van advocaat-generaal Mengozzi in de zaak Handelsgesellschaft Heinrich Heine (C-511/08, EU:C:2010:48, punt 27).

³⁶ Zie in die zin artikel 2, onder e), van richtlijn 2002/65. Zie ook Yonge, W., „The distance marketing of consumer financial services directive”, *Journal of Financial Services Marketing*, deel 8, 2003, blz. 80.

³⁷ Fisher, J., Bewsey, J., Waters, M. en Ovey, E., *The Law of Investor Protection*, Sweet & Maxwell, Londen, 2e druk, 2003, blz. 247.

62. Wat ter discussie staat is of Sparkasse Südholstein haar activiteiten verrichtte in het kader van een „georganiseerd systeem voor verkoop of dienstverrichting op afstand”. Die uitdrukking wordt in de richtlijn niet verder omschreven. In overweging 18 wordt een aanwijzing gegeven, namelijk dat het doel van dat vereiste is om „het strikt incidenteel verrichten van diensten buiten een commerciële structuur die erop gericht is overeenkomsten op afstand te sluiten” van de werkingssfeer van de richtlijn uit te sluiten.³⁸

63. Het staat aan de verwijzende rechter om feitelijk vast te stellen van welke methode Sparkasse Südholstein precies heeft gebruikgemaakt teneinde overeenkomsten tot wijziging van het rentetarief te sluiten. Het Hof is evenwel bevoegd om aanwijzingen te geven over de uitlegging van een „door de aanbieder georganiseerd systeem voor verkoop of dienstverrichting op afstand” in de zin van richtlijn 2002/65.

64. Uit de bewoordingen zelf van artikel 2, onder a), vloeit voort dat een dergelijk systeem aan bepaalde criteria moet voldoen. Ten eerste moet het „georganiseerd” zijn. Dat betekent dat de aanbieder, wat zijn commerciële structuur betreft, met inbegrip van personeel en middelen, in staat moet zijn om overeenkomsten te sluiten zonder gelijktijdige fysieke aanwezigheid van aanbieder en consument. Ten tweede moet het „door” de aanbieder zijn georganiseerd. Het is de aanbieder die het kader vaststelt waarbinnen aan de consument wordt voorgesteld overeenkomsten op afstand te sluiten. Ten derde moet voor de betrokken overeenkomst „tot en met de sluiting ervan” „uitsluitend” van dat systeem worden gebruikgemaakt. Derhalve moet het alle in richtlijn 2002/65 bedoelde fasen van de overeenkomst bestrijken, namelijk het aanbod, de onderhandeling en de sluiting van de overeenkomst. Ten vierde mag het geen „strikt incidenteel” systeem zijn. De sluiting van een overeenkomst voor financiële diensten zonder gelijktijdige fysieke aanwezigheid van de partijen mag niet „bij uitzondering”, „zelden” of „onregelmatig” plaatsvinden. Het moet veeleer gaan om een relatief normale mogelijkheid of optie bij het sluiten van de overeenkomsten. In overweging 18 wordt dat vierde aspect aan het eerste aspect van dit punt gekoppeld, namelijk het bestaan van een „georganiseerd systeem” wat commerciële structuur, personeel en middelen betreft. Het is moeilijk voorstelbaar dat wanneer een aanbieder de moeite heeft genomen om een systeem op te zetten dat het mogelijk maakt overeenkomsten op afstand te sluiten, hij daarvan slechts „strikt incidenteel” zal gebruikmaken.

65. Wanneer het systeem aldus is opgezet dat alles op afstand kan plaatsvinden, bestaat er mijns inziens een georganiseerd systeem voor dienstverrichting op afstand.³⁹ Het zou onjuist zijn om te eisen dat het sluiten van overeenkomsten op afstand „frequent” of „systematisch” is, of dat het de algemene regel is voor de meeste overeenkomsten, of voor overeenkomsten van een bepaalde soort die door de aanbieder worden gesloten. Een dergelijke uitlegging strookt niet met de bewoordingen van richtlijn 2002/65, die niet verwijst naar een bepaalde „frequentie”, maar naar gedrag dat niet „strikt incidenteel” (cursivering van mij) is. Zij zou ook ingaan tegen de beschermingsdoelstelling van de richtlijn, aangezien zij de werkingssfeer van de richtlijn verder zou beperken dan uitdrukkelijk in de bewoordingen van de richtlijn is bepaald. Om dezelfde redenen ben ik het niet eens met het argument van Sparkasse Südholstein dat de aanbieder „de indruk moet geven”, bijvoorbeeld via zijn website, dat hij gebruikmaakt van een algemeen systeem van verkoop op afstand. Het door de Duitse regering voorgestelde criterium van een „strategische keuze” van de aanbieder om een structuur te creëren voor het sluiten van overeenkomsten op afstand, is mijns inziens ook irrelevant. Richtlijn 2002/65 gaat niet uit van het subjectieve standpunt van de aanbieder, maar van de objectieve realiteit: maakt de aanbieder de facto gebruik van een „georganiseerd systeem voor verkoop of dienstverrichting op afstand”?

³⁸ Zie ook de toelichting bij het gewijzigd voorstel voor een richtlijn.

³⁹ Zie in die zin ook Van Huffel, M., „La Directive 2002/65/CE du 23 septembre 2002 concernant la commercialisation à distance des services financiers auprès des consommateurs”, *Euredia*, deel 3, 2003, blz. 363.

66. Het staat aan de verwijzende rechter om op basis van die criteria de feiten te beoordelen en vast te stellen of er in casu sprake was van een „georganiseerd systeem voor verkoop of dienstverrichting op afstand”. Uit de door de verwijzende rechter verstrekte informatie blijkt dat Sparkasse Südholstein, wat personeel en middelen betreft, was uitgerust om regelmatig op afstand wijzigings- en aanvullende overeenkomsten met bestaande klanten te sluiten. Zoals Sparkasse Südholstein ter terechtzitting zelf heeft uitgelegd, is het, wanneer de klant niet in de nabijheid van de bank is gevestigd, voor de klant eenvoudiger om een overeenkomst op afstand te sluiten. Dat betekent dat telkens wanneer een latere overeenkomst over het rentetarief wordt overwogen, de mogelijkheid bestaat om dergelijke overeenkomsten op afstand te sluiten. Of er in werkelijkheid een overeenkomst op afstand wordt gesloten, kan afhangen van praktische overwegingen. Het is mijns inziens dan ook aannemelijk dat Sparkasse Südholstein voor het sluiten van latere overeenkomsten met betrekking tot het rentetarief gebruikmaakt van een georganiseerd systeem voor dienstverrichting op afstand.

67. De omstandigheid dat Sparkasse Südholstein bepaalde soorten leningovereenkomsten uitsluitend in haar verkoopruimten sluit of dat de initiële leningovereenkomsten met KH zijn gesloten met gelijktijdige fysieke aanwezigheid van partijen, doet niet aan die vaststelling af. Richtlijn 2002/65 vereist niet dat, wanneer er een globale commerciële relatie tussen de aanbieder en de consument bestaat, die gehele relatie op afstand wordt uitgevoerd. Wanneer er een opeenvolging van verschillende „overeenkomsten” bestaat, zoals in casu de initiële leningovereenkomsten en de latere overeenkomsten inzake het rentetarief, blijkt uit de bewoordingen van artikel 2, onder a) [volgens welke de aanbieder „voor *deze* overeenkomst” (cursivering van mij) uitsluitend mag gebruikmaken van technieken voor communicatie op afstand], dat het voor de toepasselijkheid van de bepalingen van richtlijn 2002/65 is vereist dat de *betrokken specifieke overeenkomst* op „afstand” wordt gesloten.

68. Ik kom dan ook tot de slotsom dat er sprake is van een „door de aanbieder georganiseerd systeem voor verkoop of dienstverrichting op afstand” in de zin van artikel 2, onder a), van richtlijn 2002/65, wanneer een aanbieder voor het sluiten van een latere overeenkomst over het rentetarief uitsluitend gebruikmaakt van technieken voor communicatie op afstand en het gebruik van die technieken exclusief en niet strikt incidenteel is, maar plaatsvindt binnen een door die aanbieder opgezet kader, wat de commerciële structuur betreft, met inbegrip van personeel en middelen, waarbinnen overeenkomsten zonder gelijktijdige fysieke aanwezigheid van partijen kunnen worden gesloten. Het staat aan de nationale rechter, als enige rechter die over de feiten oordeelt, om na te gaan of die aspecten in een concreet geval aanwezig zijn.

Conclusie

69. Gelet op een en ander geef ik het Hof in overweging de prejudiciële vragen van het Landgericht Kiel als volgt te beantwoorden:

- „Het begrip ‚overeenkomst inzake financiële diensten’ in de zin van artikel 2, onder a), 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 moet aldus worden uitgelegd dat daaronder ook een latere overeenkomst over het rentetarief valt waarbij de looptijd van de lening niet wordt verlengd, noch de hypotheeksom wordt verhoogd. Een dergelijke overeenkomst is geen ‚verrichting’ in de zin van artikel 1, lid 2, van richtlijn 2002/65 en dus zijn de bepalingen van die richtlijn erop van toepassing.
- Van een ‚door de aanbieder georganiseerd systeem voor verkoop of dienstverrichting op afstand’ in de zin van artikel 2, onder a), van richtlijn 2002/65, is sprake wanneer een leverancier voor het sluiten van een latere overeenkomst over het rentetarief uitsluitend gebruikmaakt van technieken voor communicatie op afstand en het gebruik van die technieken exclusief en niet strikt incidenteel is, maar plaatsvindt binnen een door die aanbieder opgezet kader, wat de commerciële structuur betreft, met inbegrip van personeel en middelen, waarbinnen overeenkomsten zonder gelijktijdige fysieke aanwezigheid van partijen kunnen worden gesloten. Het staat aan de nationale rechter, als enige rechter die over de feiten oordeelt, om na te gaan of die aspecten in een concreet geval aanwezig zijn.”