



Jurisprudentie

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL
P. MENGOZZI
van 6 maart 2012¹

Zaak C-49/11

**Content Services Ltd
tegen
Bundesarbeitskammer**

[verzoek van het Oberlandesgericht Wien (Oostenrijk) om een prejudiciële beslissing]

„Consumentenbescherming — Op afstand gesloten overeenkomsten — Richtlijn 97/7/EG — Artikel 5 — Informatie die consument moet ‚ontvangen‘ op ‚duurzame drager‘ — Op website beschikbare en via hyperlink voor consument toegankelijke informatie”

1. In de onderhavige zaak, die haar oorsprong vindt in een verzoek om een prejudiciële beslissing van het Oberlandesgericht Wien, wordt het Hof verzocht om een uitspraak over de wijze waarop consumenten die overeenkomsten op afstand sluiten de in het recht van de Unie, en in casu in het bijzonder in richtlijn 97/7/EG² (hierna: „richtlijn”), genoemde informatie moeten ontvangen. De richtlijn bepaalt met name, in artikel 5, dat de consument na het sluiten van een overeenkomst op afstand bevestiging moet „ontvangen” van bepaalde informatie op een „duurzame drager”. Bij de verwijzende rechter is de vraag gerezen of informatie die beschikbaar is op de website van de verkoper en die voor de consumenten toegankelijk is door op het tijdstip van de sluiting van de overeenkomst een link aan te klikken, moet worden beschouwd als informatie die op een duurzame drager aan de consument is verstrekt.

I – Rechtskader

2. Richtlijn 97/7 bevat een aantal minimumbepalingen³ die de bescherming van de consument op het vlak van op afstand gesloten overeenkomsten tot doel hebben.

3. Artikel 4 van de richtlijn bepaalt dat voordat de overeenkomst op afstand wordt gesloten, de consument over bepaalde informatie moet beschikken.⁴ Deze informatie betreft met name de identiteit van de leverancier, de kenmerken van het verkochte goed of de geleverde dienst, de prijs, de leveringskosten, de wijze van betaling en het bestaan van een herroepingsrecht.

1 — Oorspronkelijke taal: Italiaans.

2 — Richtlijn 97/7/EG van het Europees Parlement en de Raad van 20 mei 1997 betreffende de bescherming van de consument bij op afstand gesloten overeenkomsten (PB L 144, blz. 19).

3 — Volgens artikel 14 van de richtlijn kunnen de lidstaten ter verhoging van het beschermingsniveau van de consument namelijk strengere bepalingen aannemen.

4 — De Italiaanse versie van de richtlijn gebruikt voor de informatie als bedoeld in artikel 4 en in artikel 5 hetzelfde werkwoord „ricevere” (ontvangen). In de meeste andere taalversies moet de consument echter enkel „beschikken over de informatie” als bedoeld in artikel 4, terwijl alleen voor de informatie als bedoeld in artikel 5 geldt dat de consument deze moet „ontvangen”. Zie bijvoorbeeld de Franse, de Engelse, de Duitse, de Spaanse en de Nederlandse taalversies van de richtlijn. Zie ook hieronder, punt 24 van deze conclusie.

4. Artikel 5 heeft als opschrift „Schriftelijke bevestiging van de informatie” en vermeldt welke informatie de consument op het tijdstip van de uitvoering van de overeenkomst (opnieuw) moet ontvangen op een „duurzame drager”. Deze bepaling luidt als volgt:

„1. Bij de uitvoering van de overeenkomst ontvangt de consument tijdig en, voor zover het niet aan derden te leveren goederen betreft, uiterlijk bij de levering, schriftelijk of op een te zijner beschikking staande en voor hem toegankelijke drager een bevestiging van de in artikel 4, lid 1, sub a tot en met f, genoemde informatie, tenzij deze informatie hem reeds vóór de sluiting van de overeenkomst schriftelijk of op een andere te zijner beschikking staande en voor hem toegankelijke duurzame drager werd verstrekt.

[...]

2. Lid 1 is niet van toepassing op diensten die zelf met behulp van een techniek voor communicatie op afstand worden uitgevoerd wanneer deze diensten in één keer worden verleend en door de communicatietechniekexploitant worden gefactureerd. Niettemin moet de consument in ieder geval kennis kunnen dragen van het geografische adres van de vestiging van de leverancier waar de consument zijn klachten kan indienen.”

5. De richtlijn bevat geen definitie van het begrip „duurzame drager”. Dit begrip is evenwel door de Uniewetgever in andere wetgevende teksten⁵ omschreven. Ik zal hierna de belangrijkste ervan aangeven.

6. Volgens artikel 2, sub f, van richtlijn 2002/65/EG⁶ is de duurzame drager „ieder hulpmiddel dat de consument in staat stelt om persoonlijk aan hem gerichte informatie op te slaan op een wijze die deze informatie toegankelijk maakt voor toekomstig gebruik gedurende een periode die is afgestemd op het doel waarvoor de informatie kan dienen, en die een ongewijzigde reproductie van de opgeslagen informatie mogelijk maakt”.

7. Volgens artikel 2, punt 12, van richtlijn 2002/92/EG⁷ is een duurzame drager „elk hulpmiddel dat de klant in staat stelt aan hem persoonlijk gerichte informatie op zodanige wijze op te slaan dat hij deze gedurende een voor het doel van de informatie toereikende periode kan raadplegen en waarmee de opgeslagen informatie ongewijzigd kan worden gereproduceerd”. Voorts preciseert dezelfde bepaling in het volgende lid dat onder duurzame drager in het bijzonder wordt verstaan „computerdiskettes, cd-rom’s, dvd’s en de harde schijf van de computer van de consument waarop de elektronische post wordt opgeslagen, maar niet internet-websites, tenzij die voldoen aan de in de definitie van duurzame drager opgenomen criteria”.

5 — In werkelijkheid heeft het in artikel 5, lid 1, van richtlijn 97/7/EG neergelegde begrip niet in alle taalversies dezelfde benaming als het begrip waarvan andere richtlijnen een definitie hebben gegeven. De Italiaanse versie van de bepalingen waarin het begrip wel is omschreven, gebruikt bijvoorbeeld niet de uitdrukking „supporto duraturo”, maar de uitdrukking „supporto durevole”. Het lijkt evenwel duidelijk dat de wetgever hetzelfde begrip bedoelde, zoals volgt uit het vergelijkend onderzoek van de verschillende taalversies van de richtlijnen die een definitie bevatten. In de meerderheid van de gevallen is de gebruikte uitdrukking identiek aan die van richtlijn 97/7/EG. Zie bijvoorbeeld de Engelse versie („durable medium”), de Franse versie („support durable”), de Duitse versie („dauerhafter Datenträger”) en de Spaanse versie („soporte duradero”) van de aangehaalde teksten.

6 — Richtlijn 2002/65/EG van het Europees Parlement en de Raad van 23 september 2002 betreffende de verkoop op afstand van financiële diensten aan consumenten en tot wijziging van de richtlijnen 90/619/EEG, 97/7/EG en 98/27/EG van de Raad (PB L 271, blz. 16).

7 — Richtlijn 2002/92/EG van het Europees Parlement en de Raad van 9 december 2002 betreffende verzekeringsbemiddeling (PB 2003, L 9, blz. 3).

8. Ten slotte omschrijft de nieuwe richtlijn 2011/83/EU⁸, die in de toekomst ook richtlijn 97/7/EG zal vervangen, de duurzame gegevensdrager in artikel 2, lid 10, als „ieder hulpmiddel dat de consument of de handelaar in staat stelt om persoonlijk aan hem gerichte informatie op te slaan op een wijze die deze informatie toegankelijk maakt voor toekomstig gebruik gedurende een periode die is aangepast aan het doel waarvoor de informatie is bestemd, en die een ongewijzigde weergave van de opgeslagen informatie mogelijk maakt”. Punt 23 van de considerans van diezelfde richtlijn preciseert dat de duurzame dragers „de consument in staat [dienen te] stellen de informatie zo lang op te slaan als voor hem nodig is om zijn belangen te beschermen” en dat „dergelijke gegevensdragers in het bijzonder papier, usb-sticks, cd-rom’s, dvd’s, geheugenkaarten of de harde schijven van computers alsmede e-mails [dienen] te omvatten”.

II – Feiten, procesverloop en prejudiciële vragen

9. De onderneming Content Services beheert de in het Duits opgestelde website opendownload.de. Deze website is toegankelijk en de diensten ervan bruikbaar, ook voor internetgebruikers die zich in Oostenrijk bevinden. Het betreft een website aan de hand waarvan gratis software of proefversies van niet-gratis software kunnen worden gedownload. Voorts volgt uit het dossier dat de server van de onderneming de te downloaden files niet herbergt, maar de gebruikers enkel doorverwijst naar de officiële websites van de programmamakers. Met andere woorden, de website opendownload.de is een verzameling van links betreffende programma’s die online vrij beschikbaar zijn.

10. Om de site te kunnen gebruiken en dus de verschillende programma’s te downloaden door middel van de links op opendownload.de is een abonnement vereist dat ten tijde van de feiten van het hoofdgeding 96 EUR per jaar kostte. De overeenkomst wordt online gesloten door de invulling door de klant van een interactieve webpagina waarin deze met name door het afvinken van een vakje verklaart de algemene contractvoorwaarden te aanvaarden en af te zien van het herroepingsrecht. De in de artikelen 4 en 5 van de richtlijn genoemde informatie, meer bepaald die met betrekking tot het herroepingsrecht, wordt niet rechtstreeks aan de klant getoond, maar hij kan deze wel visualiseren door een link aan te klikken op de pagina waarop de overeenkomst wordt gesloten.

11. Nadat de klant de overeenkomst op de website heeft gesloten, ontvangt hij een e-mailbericht met een gebruikersnaam en een wachtwoord om de website opendownload.de te gebruiken. In het bericht wordt geen melding gemaakt van, met name, het herroepingsrecht. Vervolgens ontvangt de klant een factuur waarbij hem om de betaling van 96 EUR wordt verzocht en hij eraan wordt herinnerd afstand van zijn herroepingsrecht te hebben gedaan.

12. Het hoofdgeding is ingeleid door de Bundesarbeitskammer, de instantie die onder meer bevoegd is voor consumentenbescherming. Deze is van oordeel dat de commerciële handelswijze van Content Services onrechtmatig is en in strijd is met verscheidene voorschriften van het Unierecht en van het nationale recht inzake consumentenbescherming.

8 — 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 L 304, blz. 64). De intrekking van richtlijn 97/7/EG zal op 13 juni 2014 ingaan (zie artikel 31 van richtlijn 2011/83/EU).

13. Content Services, die in eerste aanleg in het ongelijk is gesteld, is bij de verwijzende rechter opgekomen tegen de beslissing in eerste aanleg. Van oordeel dat de oplossing van het geschil een uitspraak van het Hof vergde aangaande de draagwijdte van artikel 5 van de richtlijn, heeft de verwijzende rechter de behandeling van zaak geschorst en het Hof om een prejudiciële beslissing verzocht over de volgende prejudiciële vraag:

„Is voldaan aan het vereiste van artikel 5, lid 1, van richtlijn [97/7] betreffende op afstand gesloten overeenkomsten, op grond waarvan een consument de bevestiging van de daarin genoemde informatie moet ontvangen op een te zijner beschikking staande duurzame drager, tenzij deze informatie hem reeds vóór de sluiting van de overeenkomst op een te zijner beschikking staande duurzame drager werd verstrekt, indien deze informatie aan de consument via een hyperlink op de website van de ondernemer ter beschikking wordt gesteld, welke link te vinden is in een tekst die de consument door het plaatsen van een vinkje moet markeren als gelezen, alvorens een contractuele relatie tot stand kan komen?”

III – Inleidende opmerkingen

14. De feiten die ten grondslag liggen aan de procedure in het hoofdgeding zijn in veel opzichten opmerkelijk, ook al gaat het niet om een alleenstaand geval. Met name in de Duitstalige landen is in de pers regelmatig sprake van situaties waarin internetgebruikers, die op zoek waren naar vrij beschikbare software, deze software hebben gedownload vanaf websites zoals die welke door Content Services wordt beheerd, daarbij overeenkomsten voor een abonnement sluitend zonder het te beseffen. In Oostenrijk en vooral in Duitsland hebben de geschillen die uit dergelijke situaties voortvloeien reeds aanleiding gegeven tot een aantal rechterlijke uitspraken.

15. De onderhavige zaak in zijn geheel werpt talrijke interessante rechtsvragen op.⁹ Het voorwerp van de prejudiciële vraag is echter zeer beperkt aangezien het enkel de methoden betreft waarmee de informatie aan de klant wordt verstrekt in de zin van artikel 5 van de richtlijn. Derhalve zullen mijn beschouwingen enkel op dat welbepaalde aspect betrekking hebben.

16. Overigens merk ik op dat het Hof in de prejudiciële vraag niet wordt verzocht een precieze definitie te geven van wat in de regel als „duurzame drager” kan worden aangemerkt, maar enkel wordt verzocht vast te stellen of een handelspraktijk als die van Content Services voldoet aan de in de richtlijn vastgestelde voorwaarden betreffende de verplichting om bepaalde informatie op een duurzame drager te verstrekken. Met andere woorden, het Hof wordt niet om een uitputtende begripsbepaling verzocht maar enkel om een uitspraak over de vraag of het ter beschikking stellen van informatie op een webpagina, die toegankelijk is via een link die vóór het sluiten van de overeenkomst aan de consument wordt getoond, al dan niet als verstrekken van informatie op een duurzame drager kan worden aangemerkt.

17. Hoewel het idee van een uitputtende definitie van het begrip „duurzame drager” aantrekkelijk kan zijn, ben ik van oordeel dat het impliciet door de verwijzende rechter gesuggereerde „minimalistische” perspectief navolging verdient: in plaats van een algemene en gedetailleerde definitie te geven, is het opportuun zich te beperken tot de vraag of in omstandigheden als die van de onderhavige zaak de voorwaarden om van een duurzame drager te kunnen spreken al dan niet zijn nageleefd. Meer in het bijzonder is het mogelijk een algemene definitie te geven maar deze moet in abstracte bewoordingen worden geformuleerd, zonder in de details te treden van de technologische methoden waarmee een duurzame drager tot stand kan komen. Er zij immers aan herinnerd dat in een sector als die van de

⁹ — Zo rijst onder meer twijfel over de vraag of de „afstand” van het herroepingsrecht waartoe Content Services zijn klanten verplicht, wettig is. Volgens de door de verwijzende rechter verstrekte informatie, is het standpunt van Content Services terzake niet duidelijk. Nu eens verwijst deze onderneming naar een afstand van het herroepingsrecht door de consument en dan weer stelt zij dat voor haar diensten geen herroepingsrecht in de zin van artikel 6, lid 3, eerste streepje, van de richtlijn bestaat.

nieuwe technologieën het opleggen van te beperkende voorschriften negatieve gevolgen kan hebben en uiteindelijk schade kan berokkenen aan de consument. Van belang is dat de technologische methoden om een bepaalde activiteit tot stand te brengen (bijvoorbeeld om een overeenkomst te sluiten of om bepaalde informatie aan de consument te verstrekken) de in de richtlijn neergelegde voorschriften eerbiedigen. Daarentegen is het niet aangewezen op voorhand te bepalen *welke* betrokken methoden in aanmerking komen, aangezien de technologische ontwikkelingen in korte tijd tot nieuwe technologieën kunnen leiden, die vandaag ondenkbaar zijn, maar die in werkelijkheid mogelijk nog beter aan de door de wetgever vastgestelde voorwaarden kunnen voldoen.

IV – Beoordeling

A – Algemene beschouwingen

18. Vaststaat dat Content Services zijn klanten na de sluiting van de overeenkomst geen specifieke *bevestiging* van alle in artikel 5 van de richtlijn genoemde informatie heeft verstrekt. Volgens deze onderneming was een dergelijke bevestiging evenwel niet noodzakelijk, aangezien de methoden waarmee die informatie overeenkomstig artikel 4 ter beschikking van de klanten wordt gesteld, tevens aan de in artikel 5 neergelegde kenmerken voldoen, met name het kenmerk dat de informatie door de klant op een „duurzame drager” wordt ontvangen: in artikel 5 zelf wordt bepaald dat in dat geval bevestiging achteraf van de informatie niet noodzakelijk is.

19. Zoals uit het feitenrelaas volgt, moeten potentiële klanten om de overeenkomst te sluiten uitdrukkelijk verklaren, door het daarvoor bestemde vakje af te vinken, afstand te doen van hun herroepingsrecht en de algemene contractvoorwaarden te aanvaarden. De algemene contractvoorwaarden, de regeling van het herroepingsrecht en de informatie betreffende de verwerking van persoonsgegevens werden niet op de pagina zelf getoond, maar konden worden gevisualiseerd door een link aan te klikken die zich bevond naast het vakje dat voor de aanvaarding diende te worden afgevinkt.

20. Niet betwist is dat de informatie die was opgenomen op de webpagina's waartoe de potentiële klant vóór het sluiten van de overeenkomst toegang had door de links aan te klikken op de pagina met de overeenkomst, alle in artikel 4 en 5 van de richtlijn genoemde informatie bevatte. De verwijzende rechter lijkt uit te gaan van de veronderstelling dat die wijze van weergave volstaat om aan de vereisten van artikel 4 te voldoen, maar vraagt zich af of daarmee ook aan de vereisten van artikel 5 wordt voldaan.

21. Volgens Content Services dient die vraag uiteraard bevestigend te worden beantwoord. Het ter beschikking stellen aan de klanten van informatie op een webpagina waartoe diezelfde klanten toegang hebben, zou volstaan, in het bijzonder om aan te nemen dat de bedoelde informatie werd verstrekt op een duurzame drager in de zin van artikel 5. Daarentegen menen de Bundesarbeitskammer, de Commissie en het merendeel van de regeringen die opmerkingen hebben ingediend, dat het louter ter beschikking stellen van informatie aan de klant middels de mogelijkheid een link aan te klikken op het tijdstip van de sluiting van een overeenkomst, niet volstaat om aan de vereisten van bedoeld artikel te voldoen.

22. Ik kan nu al zeggen dat de zienswijze van Content Services volgens mij niet kan worden aanvaard: de methoden waarmee zij de informatie ter beschikking heeft gesteld, zijn niet in overeenstemming met artikel 5 van de richtlijn. Hierna zal ik uitleggen waarom.

B – *De twee aspecten van de verplichting van artikel 5*

23. In het algemeen moet de aan de klant verstrekte informatie overeenkomstig artikel 5 van de richtlijn aan twee fundamentele kenmerken beantwoorden.

24. Ten eerste moet de klant de informatie „ontvangen”. Dit houdt met name in dat deze informatie hem wordt meegedeeld zonder dat hij iets hoeft te doen om deze te verkrijgen. In dit verband zij tevens opgemerkt dat deze opvatting in de meeste taalversies van de richtlijn wordt versterkt door het onderscheid dat wordt gemaakt tussen de in artikel 4 bedoelde informatie – waarover de potentiële klant louter moet „beschikken”¹⁰ – en de in artikel 5 bedoelde informatie, die hij daarentegen moet „ontvangen”¹¹. De Italiaanse versie van de richtlijn, die in beide bepalingen over te „ontvangen” informatie spreekt, is in dit verband een alleenstaand geval, hoewel ook deze versie bevestigt dat de in artikel 5 bedoelde informatie aan de klant dient te worden verstrekt en niet louter ter zijner beschikking dient te worden gesteld.

25. Het doel van het voorschrift is duidelijk: volgens de richtlijn moet de consument automatisch, zonder er iets voor te hoeven doen, in het bezit komen van bepaalde informatie, die essentieel is om zijn rechten te doen gelden. Anders zouden veel consumenten, vooral de minder opmerkelijke, een lagere bescherming genieten, aangezien zij niet noodzakelijkerwijs in staat zijn de betrokken informatie te vinden, indien dit nodig blijkt.

26. Ten tweede moet de klant *controle krijgen* over de informatie die hem overeenkomstig artikel 5 is verstrekt. Dit is mijns inziens de bedoeling van de verplichting om de informatie te verstrekken op een „duurzame drager”. Indien de informatie immers kortstondig aan de klant zou worden meegedeeld, is het duidelijk dat het door de richtlijn aan de consument verleende niveau van bescherming aanzienlijk lager zou zijn. Enkel wanneer de informatie op betrouwbare methoden en gedurende een passende tijdspanne ter beschikking van de klant blijft, kan de klant er, zo nodig, gebruik van maken om zijn rechten te doen gelden.

27. De definities van het begrip „duurzame drager” die voorkomen in de andere hierboven door mij aangehaalde richtlijnen, bevestigen dat de bescherming van de consument het doel is van de bepaling inzake de duurzame drager. Zoals uiteengezet, gaat het namelijk in wezen om de mogelijkheid voor de consument om de informatie gedurende een passende tijd te bewaren, opnieuw op te roepen en weer te geven.

28. Voorts is de consumentenbescherming, zoals in de rechtspraak van het Hof zelf is benadrukt, een van de pijlers van de richtlijn. Met name het herroepingsrecht vormt een van de essentiële middelen voor de verwezenlijking van deze bescherming en de richtlijn heeft tot doel te waarborgen dat deze bescherming voor de consument effectief is.¹²

29. Nagegaan moet dus worden of in de onderhavige zaak bij het verstrekken van de in artikel 5 van de richtlijn genoemde informatie aan de klant de twee hierboven genoemde voorwaarden in acht zijn genomen. Hierna zal ik de naleving van beide voorwaarden afzonderlijk onderzoeken.

10 — Zie bijvoorbeeld de Franse versie („le consommateur doit bénéficier des informations suivantes”), de Engelse versie („the consumer shall be provided with the following information”), de Duitse versie („der Verbraucher muß [...] über folgende Informationen verfügen”), de Spaanse versie („el consumidor deberá disponer de la información siguiente”), de Nederlandse versie „moet de consument [...] beschikken over de volgende informatie”.

11 — Zoals de Commissie heeft opgemerkt, komt het in artikel 5, lid 1, bedoelde „verstrekken” helemaal overeen met het in de eerste zinsnede van dat artikel 5, lid 1, bedoelde „ontvangen”. Enkel het oogpunt verandert. Wanneer de wetgever spreekt over „ontvangen” betreft het het oogpunt van de consument en wanneer hij over „verstrekken” spreekt, gaat het om het oogpunt van de verkoper/dienstverlener.

12 — Zie bijvoorbeeld arrest van 3 september 2009, Messner (C-489/07, Jurispr. blz. I-7315, punt 19), en van 15 april 2010, Heinrich Heine (C-511/08, Jurispr. blz. I-3047, punt 54).

C – De noodzaak dat de klant de informatie „ontvangt”

30. Zoals hierboven vermeld, vereist artikel 5 van de richtlijn dat de klant de informatie „ontvangt”, te weten dat hij in het bezit ervan komt zonder daar iets voor te hoeven doen.

31. In dit verband ben ik van oordeel dat ook het verplichten van de klant om op de voor de sluiting van de overeenkomst bestemde webpagina een link aan te klikken om de noodzakelijke informatie te kunnen visualiseren, de voorwaarden van artikel 5 niet volledig eerbiedigt. Hoewel de handeling die bestaat in het aanklikken van een link in beginsel geen bijzondere moeilijkheden oplevert, veronderstelt zij evenwel een vrijwillig optreden van de consument, waardoor hem dus een „actieve” rol wordt toebedeeld. Zoals hierboven vermeld, is het echter juist de essentie van artikel 5 dat bepaalde informatie de consument bereikt *zelfs zonder enig specifiek optreden zijnentwege* (behalve uiteraard het optreden dat tot de sluiting van de overeenkomst heeft geleid).

32. Ook dient voor ogen te worden gehouden dat het in het kader van de elektronische handel in de regel niet moeilijk is om aan de klant de in artikel 5 van de richtlijn bedoelde informatie te verstrekken zonder dat hij daar een specifieke handeling voor hoeft te verrichten. Van uiterst groot belang lijkt mij overigens het feit dat Content Services haar eigen klanten na de sluiting van de overeenkomst een e-mailbericht stuurt met daarin meer bepaald de bevestiging ervan en de nodige gegevens (gebruikersnaam en wachtwoord) om zich op de website aan te melden. Het is evident dat het bijvoorbeeld technisch helemaal niet moeilijk zou zijn om in bedoeld bericht tevens de in artikel 5 genoemde informatie op te nemen.

33. Indien marktdeelnemers die actief zijn in de elektronische handel, van hun eigen klanten zouden mogen vereisen dat zij bepaalde handelingen verrichten om toegang te krijgen tot de in artikel 5 van de richtlijn bedoelde informatie, zelfs indien het enkel zou gaan om het gebruik van een link die op het tijdstip van de sluiting van de overeenkomst wordt getoond, zou dit de deur openen voor eventueel misbruik. Hoewel het aanklikken van een link een zeer banale handeling is, waartoe elke internetgebruiker in staat is, zijn evenwel niet alle internetgebruikers in staat om er zich op het tijdstip van de sluiting van de overeenkomst rekenschap van te geven dat zij de link dienen aan te klikken om, indien nodig, hun rechten in de toekomst beter te kunnen beschermen.

34. In de onderhavige zaak is dus niet voldaan aan de eerste van de twee voorwaarden van artikel 5 van de richtlijn: de consument heeft de bedoelde informatie niet „ontvangen”. Dit zou reeds volstaan om de verwijzende rechter een nuttig antwoord te geven. Volledigheidshalve zal ik evenwel ook de naleving van de tweede voorwaarde van de genoemde bepaling onderzoeken.

D – De noodzaak om de klant controle te geven over de gestuurde informatie

35. Het tweede vereiste van artikel 5 houdt verband met het begrip „duurzame drager”: de verplichting om de informatie te verstrekken op een duurzame drager beantwoordt aan het vereiste om de consument de informatie te verstrekken op een wijze die hem toestaat er, indien nodig, gebruik van te maken om zijn rechten te doen gelden.

36. Zoals reeds vermeld, heeft de wetgever in andere wetgevende teksten een aantal definities van het begrip „duurzame drager” gegeven. Hoewel zij in casu niet automatisch van toepassing zijn, kunnen zij toch nuttig zijn. Er is immers geen enkele reden om aan te nemen dat deze verwijzen naar een ander begrip dan het in richtlijn 97/7 gebruikte begrip.¹³

13 — Aangehaald in voetnoot 5.

37. Deze definities brengen meer bepaald enkele basisbeginselen aan het licht, in het bijzonder de mogelijkheid voor de klant om: a) de informatie op te slaan of in elk geval te bewaren, b) toegang te hebben tot de informatie, in ongewijzigde vorm, voor een „passende” tijdspanne en c) de informatie zonder wijzigingen weer te geven.

38. De vraag rijst dus of een website – en zo ja, onder welke voorwaarden – een „duurzame drager” in de zin van de richtlijn kan zijn. Content Services stelt, zoals gezien, de informatie aan zijn klanten namelijk enkel ter beschikking op een pagina van de website opendownload.de.

39. Het Hof heeft nog niet de gelegenheid gehad om zich over het begrip „duurzame drager” uit te spreken. Onlangs was het probleem echter aan de orde voor het EVA-Hof, dat uitspraak over de kwestie heeft gedaan in een arrest van januari 2010.¹⁴ In dit arrest heeft het EVA-Hof geoordeeld dat in beginsel ook een website een duurzame drager kan zijn, mits aan drie cumulatieve voorwaarden is voldaan. Ten eerste moet de website de consument in staat stellen de ontvangen informatie te bewaren. Ten tweede moet de informatie gedurende voldoende lange tijd kunnen worden bewaard: de duur van de bewaring kan niet in het algemeen worden vastgesteld, maar moet per geval worden bepaald. Ten slotte dient ter bescherming van de klant ervoor te worden gezorgd dat de informatie niet wordt gewijzigd door degene die deze heeft verstrekt.

40. Mijns inziens kunnen de beschouwingen die het EVA-Hof in het zojuist aangehaalde arrest heeft ontwikkeld, grotendeels worden overgenomen.

41. In beginsel kan niet worden uitgesloten dat ook een webpagina aan de noodzakelijke vereisten kan voldoen om als een duurzame drager in de zin van de richtlijn te worden aangemerkt. De definitie van duurzame drager in richtlijn 2002/92/EG bepaalt bijvoorbeeld, zoals hierboven is vermeld, uitdrukkelijk dat een website, indien zij aan de in die definitie van duurzame drager opgenomen criteria voldoet, als duurzame drager kan worden aangemerkt, alhoewel er voor websites geen vermoeden van overeenstemming met de vereisten van de bepaling bestaat, in tegenstelling tot wat geldt voor bijvoorbeeld CD-ROMs en e-mailberichten. Derhalve dient in elk concreet geval te worden nagegaan of de website al dan niet de noodzakelijke kenmerken bevat.

42. De bedoelde kenmerken zijn die welke, zoals hierboven aangegeven, toelaten te bevestigen dat het *de klant is die de controle over de informatie heeft en niet langer degene die deze verstrekt*. Zoals terecht door het EVA-Hof is uiteengezet, houdt dit in dat de informatie gedurende voldoende lange tijd door de klant kan worden bewaard om zijn rechten te doen gelden en dat de informatie niet kan worden gewijzigd door degene die deze heeft verstrekt.

43. De technische methoden waarmee dit eventueel gebeurt, moeten in elk concreet geval worden beoordeeld en het staat beslist niet aan het Hof om die te bepalen. Dit neemt niet weg dat een gewone webpagina, zoals die waarop Content Services de informatie aan haar klanten verstrekt, niet aan de genoemde voorwaarden voldoet. Een gewone webpagina staat naar haar aard immers niet onder controle van degene die haar raadpleegt, maar van degene die de pagina publiceert en die naar believen op elk moment de pagina kan wijzigen of verwijderen. Het feit dat de consument eventueel stappen kan ondernemen om de pagina te printen of op te slaan voordat ze kan worden gewijzigd, verandert daar niets aan: in dergelijk geval zou de duurzame drager (de geprinte of opgeslagen versie van de pagina) namelijk *door de consument zijn verstrekt* en niet door de verkoper, zoals daarentegen in de richtlijn is vereist.

14 — Arrest van het EVA-Hof van 27 januari 2010, Inconsult Anstalt (E-4/09). Het arrest betreft meer bepaald richtlijn 2002/92/EG. Zoals hierboven opgemerkt, is er evenwel geen reden om aan te nemen dat het daarin bedoelde begrip „duurzame drager” verschilt van dat van richtlijn 97/7/EG.

44. Bijgevolg eerbiedigt de website van de onderneming Content Services de vereisten van artikel 5 van de richtlijn ook niet wat betreft de aard van de drager waarop de informatie aan de consument wordt verstrekt.

45. Alvorens tot mijn slotsom te komen, dient overigens te worden opgemerkt dat, hoewel niet in het algemeen kan worden uitgesloten dat een webpagina een „duurzame drager” in de zin van de richtlijn kan zijn, het moeilijk kan blijken om methoden te bepalen waarmee de informatie van een webpagina door de consument kan worden „ontvangen” in de zin van artikel 5 van de richtlijn. Zoals hierboven is vermeld, moet de informatie namelijk aan de klant worden verstrekt zonder dat deze daar iets voor hoeft te doen. Zorgvuldig dient te worden nagegaan of de praktijk van een verkoper die na de sluiting van de overeenkomst een e-mailbericht aan de klant stuurt met daarin een link naar een webpagina die de informatie bevat, verenigbaar is met de richtlijn. In een dergelijk geval, zelfs indien wordt aangenomen dat de webpagina een „duurzame drager” is, is voor de toegang tot de informatie een *actief optreden* van de consument (aanklikken van een hem gestuurde link) vereist. Los van de juridische beoordeling van een dergelijke situatie, is het hoe dan ook veel eenvoudiger, en zeker in overeenstemming met de geest van de richtlijn, om de informatie *rechtstreeks in de tekst* van het e-mailbericht op te nemen.¹⁵ Dit geldt, ik herhaal, ook al kan niet a priori worden uitgesloten dat er specifieke methoden kunnen zijn waarmee de op een website verstrekte informatie aan de twee voorwaarden van artikel 5 van de richtlijn voldoet.

E – *Samenvatting*

46. Samenvattend volgt uit mijn overwegingen dat de wijze waarop in de situatie die in het hoofdgeding aan de orde is de informatie aan de klant wordt aangeboden, niet aan de voorwaarden van artikel 5 van de richtlijn voldoet. In het bijzonder sluit het feit dat de informatie enkel aan de klant wordt verstrekt op een webpagina waartoe hij toegang heeft door een link aan te klikken die hem op het tijdstip van de sluiting van de overeenkomst wordt getoond, uit dat de klant de informatie heeft „ontvangen” en ook dat deze hem op een „duurzame drager” is verstrekt.

V – **Conclusie**

47. Mitsdien geef ik het Hof in overweging de door het Oberlandesgericht Wien gestelde prejudiciële vraag te beantwoorden als volgt:

„Aan de voorwaarden van artikel 5, lid 1, van richtlijn 97/7/EG van het Europees Parlement en de Raad van 20 mei 1997 betreffende de bescherming van de consument bij op afstand gesloten overeenkomsten, is niet voldaan wanneer de in dat artikel vereiste informatie beschikbaar wordt gemaakt op een website die voor de klant toegankelijk is door te klikken op een hyperlink die hem op het tijdstip van de sluiting van de overeenkomst wordt getoond.”

15 — Opgemerkt zou kunnen worden dat, naargelang van de dienst die de klant voor zijn e-mail gebruikt en de manier waarop hij er toegang toe heeft, het zou kunnen zijn dat ook een per e-mail gestuurd bericht niet helemaal onder controle staat van de klant die de informatie ontvangt. Dit is bijvoorbeeld het geval bij een dienst die de mogelijkheid biedt om elektronische post enkel via een webinterface te raadplegen, zonder protocollen (IMAP, POP, etc.) te kunnen gebruiken die de gebruiker in staat stellen om een of meer kopieën van het bericht naar zijn eigen elektronische apparaten (computer, smartphone, etc.) te sturen. Het bezwaar is echter niet gegrond. Een e-maildienst is er naar zijn aard juist *op gericht persoonlijke berichten aan de gebruikers te doen toekomen*: het eventuele geval van een gebruiker die de controle over zijn berichten verliest, zou te wijten zijn aan de onbedachte handeling van de gebruiker zelf of aan de aanbieder van de e-maildienst, en niet aan de verkoper die de informatie via e-mail aan zijn klant heeft verstrekt. Van de verkoper kan niet worden verlangd dat hij geen beroep doet op een bepaald communicatiemiddel enkel omdat zijn klant dit verkeerd zou kunnen gebruiken of geen vertrouwen in een betrouwbare dienstaanbieder zou hebben.