



Datum van
inontvangstneming

:

21/11/2018

Zaak C-639/18

Verzoek om een prejudiciële beslissing

Datum van indiening:

12 oktober 2018

Verwijzende rechter:

Landgericht Kiel (Duitsland)

Datum van de verwijzingsbeslissing:

7 september 2018

Verzoekende partij:

KH

Verwerende partij:

Sparkasse Südholstein

[OMISSIS]

Landgericht Kiel

[OMISSIS]

Beschikking

In het geding tussen

KN

- verzoekster -

[OMISSIS]

en

Sparkasse Südholstein, [OMISSIS] [geanonimiseerd], [OMISSIS] Neumünster

- verweerster -

[OMISSIS]

betreffende de herroeping van leningovereenkomsten

heeft de 12e Zivilkammer (civiele kamer) van het Landgericht Kiel (rechter in eerste aanleg Kiel) [OMISSIS] als volgt beschikt:

- I. De behandeling van de zaak wordt geschorst.
- II. Het Hof van Justitie van de Europese Unie wordt verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vragen inzake de uitlegging van artikel 2, punt 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 (PB 2002, L 271, blz. 16):
 1. Moet een overeenkomst waarbij een bestaande leningovereenkomst uitsluitend wordt gewijzigd met betrekking tot de hoogte van het overeengekomen rentetarief (aanvullende overeenkomst 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, punt a), van richtlijn 2002/65/EG **[Or. 2]** wanneer een bank met een netwerk van filialen hypothecaire leningovereenkomsten ter financiering van onroerend 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” als bedoeld in artikel 2, punt a), van richtlijn 2002/65/EG wanneer een bestaande leningovereenkomst uitsluitend wordt gewijzigd met betrekking tot het overeengekomen rentetarief (aanvullende overeenkomst betreffende het rentetarief), zonder dat de looptijd van de lening wordt verlengd of de hypotheeksom wordt verhoogd.
 - I.
 1. Verweerster is een bank met een regionaal netwerk van filialen. Hypothecaire leningovereenkomsten ter financiering van onroerend goed worden door haar uitsluitend in haar filialen gesloten. In bepaalde gevallen worden dergelijke overeenkomsten in het kader van bestaande contractuele betrekkingen via communicatie op afstand aangevuld of gewijzigd. Onomstreden is dat verweerster begin 2008 reeds in meer dan honderd gevallen uitsluitend door middel van communicatie op afstand overeenkomsten heeft gesloten.

2. Het geding betreft drie leningovereenkomsten die verzoekster in de hoedanigheid van consument heeft gesloten.
3. 1. Op 1 juli 1994 sloot verzoekster met de rechtsvoorgangster van verweerster een overeenkomst over de verstrekking van een lening ter financiering van onroerend goed ten bedrage van 114 000 Duitse mark (hierna: „DEM”), die op 30 december 2017 moest zijn afgelost (leningrekening nr. 53209110). Over de lening was een rente van 6,95 % per jaar verschuldigd. Op zijn vroegst zes weken voor 30 mei 2004 kon elke partij om onderhandelingen verzoeken over een aanpassing van het rentetarief met ingang van 1 juni 2004. Indien geen overeenkomst over de aanpassing tot stand kwam, zouden vanaf 1 juni 2004 „wisselende voorwaarden” gelden die door verweerster voor het betrokken soort leningen werden vastgesteld (variabel rentetarief). De leningovereenkomst werd door een hypothecaire zekerheid gewaarborgd.
4. Op 25 mei 2004 kwamen partijen in een wijzigingsovereenkomst met ingang van 1 juni 2004 voor de duur van tien jaar een vast rentetarief van 5,03 % per jaar overeen.
5. In oktober 2010 sloten partijen uitsluitend door middel van communicatie op afstand een verdere aanvullende overeenkomst betreffende het rentetarief volgens welke voor de lening vanaf 1 juni 2014 voor de resterende looptijd een rente van 4,01 % verschuldigd was. Het nieuwe rentetarief zou gelden tot het reeds overeengekomen einde van de looptijd. Verzoekster werd niet over haar herroepingsrecht geïnformeerd.
6. Verzoekster betaalde op grond van deze overeenkomst tussen [OMISSIS] juni 2014 en november 2017 8 180,76 EUR aan verweerster. **[Or. 3]**
7. Verzoekster loste de lening op 29 december 2017 af met een betaling van 58 287,27 EUR.
8. 2. Op 17 juli 1994 sloot verzoekster met de rechtsvoorgangster van verweerster een overeenkomst over de verstrekking van een verdere lening ter financiering van onroerend goed ten bedrage van 112 000 DEM (leningrekening nr. 73237471). Over de lening was een rente van 5,7 % per jaar verschuldigd. Op zijn vroegst zes weken voor 30 mei 1999 kon elke partij om onderhandelingen verzoeken over een aanpassing van het rentetarief met ingang van 1 juni 1999. Indien geen overeenkomst over de aanpassing tot stand kwam, zouden vanaf 1 juni 1999 „wisselende voorwaarden” gelden die door verweerster voor het betrokken soort leningen werden vastgesteld (variabel rentetarief). De leningovereenkomst werd door een hypothecaire zekerheid gewaarborgd.
9. In 1999 kwamen partijen in een wijzigingsovereenkomst met ingang van 1 juni 1999 voor de duur van tien jaar een vast rentetarief van 4,89 % per jaar overeen.
10. Op 15 april 2009 kwamen partijen uitsluitend door middel van communicatie op afstand een aanvulling van de leningovereenkomst overeen. Zij kwamen met

ingang van 1 juni 2009 voor de duur van tien jaar een rente van 5,16 % overeen. Verzoekster werd niet over haar herroepingsrecht geïnformeerd.

11. Verzoekster betaalde op grond van deze overeenkomst tussen juni 2009 en februari 2018 in totaal 18 243,75 EUR aan verweerster.
12. Bovendien betaalde verzoekster op 30 november 2009 rekeningkosten ten bedrage van 12 EUR aan verweerster.
13. 3. Op 4 november 1999 verstrekte de rechtsvoorgangster van verweerster verzoekster een lening ten bedrage van 30 000 DEM (leningrekening nr. 70905104). Volgens de desbetreffende leningovereenkomst was de lening bestemd voor een „deelneming in een onderneming”, maar in werkelijkheid werd zij in overleg verstrekt als particuliere lening. Over de lening was een rente van 6,6 % per jaar verschuldigd. Op zijn vroegst zes weken voor 30 november 2008 kon elke partij om onderhandelingen verzoeken over een aanpassing van het rentetarief met ingang van 1 december 2008. Indien geen overeenkomst over de aanpassing tot stand kwam, zouden vanaf 1 december 2008 „wisselende voorwaarden” gelden die door verweerster voor het betrokken soort leningen werden vastgesteld (variabel rentetarief). Tevens werd overeengekomen dat de leningovereenkomst door een hypothecaire zekerheid zou worden gewaarborgd.
14. Eind 2008 kwamen partijen uitsluitend door middel van communicatie op afstand een renteverlenging overeen volgens welke voor de lening vanaf 1 december 2008 voor een duur van tien jaar een rente van 4,87 % verschuldigd was. Verzoekster werd door verweerster niet over haar herroepingsrecht geïnformeerd.
15. Verzoekster betaalde op grond van deze overeenkomst tussen december 2008 en februari 2018 in totaal 8 328,33 EUR aan verweerster.
16. Op 2 september 2015 werden de drie in de jaren 2008, 2009 en 2010 gesloten aanvullende overeenkomsten betreffende het rentetarief door verzoekster herroepen; de herroeping werd door verweerster uiterlijk op 8 september 2015 ontvangen. Als motivering voor de herroeping werd aangegeven dat het om een transactie op afstand ging. Op 30 september 2015 weigerde verzoekster op grond van de herroeping ernstig en definitief een betaling te doen.
17. Verzoekster is van mening dat verweerster over een georganiseerd systeem voor verkoop op afstand beschikt. Zij betoogt primair dat zij op grond van § 495, lid 1, van het Bürgerliches Gesetzbuch (Duits burgerlijk wetboek) in de oude versie (hierna: „BGB a.F.”) en subsidiair dat zij op grond van § 312d, lid 1, eerste volzin, BGB a.F. het recht heeft de overeenkomsten te herroepen. **[Or. 4]**
18. Met haar beroep eist verzoekster onder meer terugbetaling van de rente- en aflossingsbedragen en rekeningkosten die zij sinds de sluiting van de herroepen wijzigingsovereenkomsten heeft voldaan, alsook restitutie van de daaruit door verweerster verkregen winst. **[OMISSIS]**

19. Verzoekster vordert:
20. 1. veroordeling van verweerster tot betaling aan verzoekster van 37 285,38 EUR, te vermeerderen met een rente van 5 procentpunten boven de basisrente over dit bedrag vanaf de datum van de dagvaarding,
21. 2.
 - a) vaststelling dat voor de tussen partijen gesloten overeenkomst over een lening ten bedrage van 112 000 DEM (leningrekening nr. 73237471) op grond van de herroeping van 2 september 2015 geen overeenkomst meer bestaat over een vast rentetarief;
22. b) vaststelling dat voor de tussen partijen gesloten overeenkomst over een lening ten bedrage van 30 000 DEM (leningrekening nr. 70905104) op grond van de herroeping van 2 september 2015 geen overeenkomst meer bestaat over een vast rentetarief;
23. 3.
 - a) vaststelling dat verzoekster op grond van de herroeping van 2 september 2015 niet meer verplicht is tot betaling van maandelijkse termijnen van 173,75 EUR op rekening nr. 73237471;
24. b) vaststelling dat verzoekster op grond van de herroeping van 2 september 2015 niet meer verplicht is tot betaling van maandelijkse termijnen van 75,03 EUR op rekening nr. 70905104;
25. 4. vaststelling dat verweerster verplicht is aan verzoekster alle bedragen, te vermeerderen met een rente van 5 procentpunten [subsidiar: 2,5 procentpunten] boven de basisrente vanaf de datum van bijschrijving op de leningrekening, te restitueren die op de genoemde leningrekeningen zijn gestort tussen de dag na de terechtzitting en het tijdstip waarop de beslissing in dit geding kracht van gewijsde krijgt.
26. Verweerster vordert:
27. verwerping van het beroep.
28. Verweerster stelt dat verzoekster geen recht had om de overeenkomsten te herroepen. Volgens haar heeft verzoekster slechts een herroeping overeenkomstig het recht inzake verkoop op afstand uitgesproken. Zij stelt dat de oorspronkelijke leningovereenkomsten overeenkomstig het recht inzake consumentenkrediet reeds op grond van de waarborging door een hypothecaire zekerheid niet konden worden herroepen. In het geval van een „oneigenlijke termijnfinanciering” („unechte Abschnittsfinanzierung”) kan een aanvullende overeenkomst betreffende het rentetarief die niet in een verruiming van een recht van kapitaalgebruik voorziet, niet worden herroepen. Bovendien houdt een

aanvullende overeenkomst betreffende het rentetarief geen financiële dienst in als bedoeld in de wettelijke bepalingen inzake de verkoop op afstand. Daarnaast miskent verzoekster volgens verweerster dat zelfs in het geval van een rechtsgeldige herroeping alleen de overeenkomst over de renteverlenging zou moeten worden ontbonden, terwijl over de leningen [Or. 5] conform de leningovereenkomsten een variabele rente verschuldigd zou zijn.

29. § 312b, lid 1, van het Bürgerliches Gesetzbuch in de van 8 december 2004 tot 22 februari 2011 toepasselijke versie [OMISSIS] [wijzigingen met bronvermelding] luidt als volgt:
30. *(1) Overeenkomsten op afstand zijn overeenkomsten 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.*
31. § 312d, leden 1 en 2, van het Bürgerliches Gesetzbuch in de van 8 december 2004 tot 10 juni 2010 toepasselijke versie [OMISSIS] [wijzigingen met bronvermelding] luidt als volgt:
32. *(1) De consument die een overeenkomst op afstand sluit, heeft een herroepingsrecht krachtens § 355. Bij overeenkomsten betreffende de levering van goederen kan hem krachtens § 356 een teruggaverecht worden toegekend in plaats van het herroepingsrecht.*
33. *(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 levering van goederen niet voor de dag waarop deze worden ontvangen; bij herhaalde levering van soortgelijke goederen niet voor de dag waarop de eerste deellevering wordt ontvangen; bij dienstverrichtingen niet voor de dag waarop de overeenkomst wordt gesloten.*
34. § 312d, leden 1 en 2, van het Bürgerliches Gesetzbuch in de van 11 juni 2010 tot 3 augustus 2011 toepasselijke versie [OMISSIS] [wijzigingen met bronvermelding] luidt als volgt:
35. *(1) De consument die een overeenkomst op afstand sluit, heeft een herroepingsrecht krachtens § 355. Bij overeenkomsten betreffende de levering van goederen kan hem krachtens § 356 een teruggaverecht worden toegekend in plaats van het herroepingsrecht.*
36. *(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 Duitse burgerlijk wetboek), bij levering van goederen niet voor de dag waarop deze worden ontvangen; bij herhaalde levering van soortgelijke goederen niet voor de dag waarop de eerste deellevering wordt ontvangen; bij dienstverrichtingen niet voor de dag waarop de overeenkomst wordt gesloten. [Or. 6]”

II.

37. Of het beroep voor wat betreft de vorderingen onder 2 moet worden toegewezen, hangt af van de uitlegging van artikel 2, punt a), van richtlijn 2002/65/EG. Voordat er een beslissing volgt, dient de behandeling van de zaak derhalve te worden geschorst en dient het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: „Hof”) overeenkomstig artikel 267 VWEU te worden verzocht om een prejudiciële beslissing.
38. Indien de herroepen overeenkomsten tot wijziging van een leningovereenkomst moeten worden aangemerkt als op afstand gesloten overeenkomsten, zou de herroeping bij ontstentenis van de vereiste kennisgeving inzake het herroepingsrecht nog rechtsgeldig zijn uitgesproken. In plaats van het achteraf overeengekomen vaste rentetarief zou dan de oorspronkelijk tussen partijen overeengekomen variabele rente worden toegepast. Het beroep zou dan moeten worden toegewezen voor zover zou moeten worden vastgesteld dat er op grond van de herroeping van 2 september 2015 voor de tussen partijen gesloten leningovereenkomsten geen overeenkomst over een vast rentetarief meer zou bestaan.
39. Het herroepingsrecht van verzoekster kan niet reeds worden geacht te zijn uitgesloten op grond van het feit dat de wijzigingsovereenkomsten moeten worden beschouwd als opeenvolgende verrichtingen of als in de tijd gespreide verrichtingen van dezelfde aard in verband met de respectieve leningovereenkomsten (§ 312b, lid 4, BGB a.F., waarbij artikel 1, lid 2, van richtlijn 2002/65/EG in nationaal recht is omgezet). Uit overweging 17 van richtlijn 2002/65/EG blijkt dat met „opeenvolgende verrichtingen” bijvoorbeeld betalingen of transacties in het kader van een raamovereenkomst worden bedoeld, maar geen overeenkomsten tot wijziging van een bestaande overeenkomst [OMISSIS] [verwijzing naar nationale rechtspraak]. Ook indien de aanvullende overeenkomst betreffende het rentetarief wordt aangemerkt als een verrichting die deel uitmaakt van een „reeks in de tijd gespreide aparte verrichtingen van dezelfde aard” is het herroepingsrecht niet uitgesloten, omdat de herroepen wijzigingsovereenkomsten niet binnen een termijn van één jaar na een eerdere „verrichting van dezelfde aard” werden gesloten (§ 312b, lid 4, derde zin, BGB a.F., waarbij artikel 1, lid 2, tweede alinea, tweede zin, van richtlijn 2002/65/EG in nationaal recht is omgezet).
40. Er bestaat geen recht van herroeping overeenkomstig de bepalingen inzake consumentenkrediet (§ 495, lid 1, BGB a.F., waarbij richtlijn 2008/48/EG in

nationaal recht is omgezet), aangezien de herroepen aanvullende overeenkomsten betreffende het rentetarief niet voorzien in de verstrekking van een lening, zodat er geen sprake is van een verruiming van het reeds overeengekomen recht van kapitaalgebruik [OMISSIS] [verwijzing naar nationale rechtspraak].

41. 1. In casu gaat het daarom ten eerste om de vraag of de overeenkomsten waarbij bestaande leningovereenkomsten uitsluitend met betrekking tot het overeengekomen rentetarief werden gewijzigd (aanvullende overeenkomsten betreffende het rentetarief) zijn gesloten in het kader van een door de aanbieder georganiseerd systeem voor verkoop of dienstverrichting op afstand. De beantwoording van de eerste prejudiciële vraag is noodzakelijk voor de toepassing van de omzettingbepalingen van § 312b, lid 1, en § 312d, leden 1 en 2, BGB a.F. op de onderhavige zaak. Het begrip „sluiting van een overeenkomst [...] in het kader van een georganiseerd systeem voor verkoop of dienstverrichting op afstand” (§ 312b, lid 1, eerste zin, BGB a.F.) moet in overeenstemming met de duidelijke wil van de wetgever conform de richtlijn worden uitgelegd.
42. In de rechtspraak en de rechtsleer is een grote verscheidenheid aan standpunten ten aanzien van de uitlegging van dit begrip naar voren gebracht, zonder dat hierover overeenstemming is bereikt [OMISSIS] [verwijzing naar de nationale rechtsleer]. In de rechtspraak wordt er tot dusver van uitgegaan dat er in het geval van lokale spaarbanken geen sprake is van een georganiseerd systeem voor verkoop op afstand [OMISSIS] [verwijzing naar de nationale rechtspraak]. In de toelichting op het wetsontwerp is in algemene zin het volgende vermeld: „Het bestaan van een georganiseerd systeem voor verkoop op afstand houdt in dat de ondernemer door in zijn bedrijf in de nodige personele en materiële middelen te voorzien de voorwaarden heeft geschapen om op regelmatige basis transacties op afstand te verrichten” [OMISSIS]. Aan deze voorwaarden lijkt in casu te zijn voldaan, aangezien verweerster wel degelijk over de nodige personele en materiële middelen [Or. 7] beschikt om met bestaande klanten op regelmatige basis wijzigings- en aanvullende overeenkomsten te sluiten. Volgens de toelichting op het wetsontwerp dienen echter transacties die incidenteel of min of meer toevallig door middel van communicatie op afstand worden gesloten, te worden uitgezonderd van de werkingssfeer van de bepalingen [OMISSIS]. Als voorbeeld worden gevallen genoemd waarin een detailhandelaar een bestelling bij uitzondering telefonisch aanneemt en de bestelde goederen aan de consument levert [OMISSIS]. In casu staat noch vast dat verzoekster het initiatief heeft genomen tot het sluiten van de renteverlengingsovereenkomsten, noch is het aannemelijk dat verweerster vergelijkbaar is met een detailhandelaar. De wijziging van leningovereenkomsten is ook niet vergelijkbaar met een gelegenheidsaankoop, maar kan verstreckende gevolgen hebben.
43. Indien het recht inzake verkoop op afstand van toepassing is op verweerster, zou dit aan de andere kant tot gevolg kunnen hebben dat zij wijzigingsovereenkomsten alleen nog maar binnen haar verkoopruimte zou sluiten. In dit geval zouden consumenten verstoken zijn van het herroepingsrecht, terwijl niet per se te verwachten valt dat zij op een uitvoeriger advies zouden kunnen rekenen.

Bovendien zou de door consumenten gewenste vereenvoudiging van het sluiten van aansluitende overeenkomsten door middel van communicatie op afstand in dit geval niet meer mogelijk zijn.

44. 2. In casu gaat het ten tweede om de vraag of een aanvullende overeenkomst betreffende het rentetarief moet worden beschouwd als „overeenkomst inzake financiële diensten”. De beantwoording van de tweede prejudiciële vraag is noodzakelijk voor de toepassing van de omzettingsbepalingen van § 312b, lid 1, en § 312d, leden 1 en 2, BGB a.F. op de onderhavige zaak. Het begrip „overeenkomsten betreffende [...] de levering van diensten, met inbegrip van financiële diensten” (§ 312b, lid 1, eerste zin, BGB a.F.) moet in overeenstemming met de duidelijke wil van de wetgever conform de richtlijn worden uitgelegd.
45. Het Oberlandesgericht Frankfurt (rechter in tweede aanleg, Frankfurt) heeft in dezen als volgt geoordeeld [OMISSIS]: de loutere wijziging van voorwaarden van een reeds verstrekte lening vormt geen (nieuwe, aparte) levering van een dienst door de bank. De levering van een dienst bestaat daarentegen in de oorspronkelijke verstrekking van de lening. Er kan alleen worden uitgegaan van het bestaan van een op afstand gesloten overeenkomst 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.
46. Richtlijn 2002/65/EG heeft blijkens de bewoordingen ervan echter niet alleen betrekking op overeenkomsten over financiële diensten, maar ook op „overeenkomst[en] inzake financiële diensten”. De bewoordingen zien dus ook op overeenkomsten tot wijziging van leningvoorwaarden. Ook het beschermingsdoel van de richtlijn lijkt in het onderhavige geval relevant, aangezien een aanpassing van voorwaarden die overhaast en zonder adviesverlening in aanwezigheid van de betrokkene wordt overeengekomen, al naargelang de inhoud van de overeenkomst tot benadeling van de consument kan leiden. Bovendien lijkt het problematisch dat er volgens de hierboven aangehaalde uitspraak zelfs geen herroepingsrecht van toepassing zou zijn wanneer de aanbieder het initiatief neemt tot een (voor de consument mogelijk nadelige) wijziging op afstand van een overeenkomst. Er zou een leemte kunnen ontstaan in de rechtsbescherming indien zelfs een herroepbare, maar niet herroepen overeenkomst achteraf ten nadele van de consument zou kunnen worden gewijzigd zonder dat deze opnieuw over een herroepingsrecht met betrekking tot de wijziging van de overeenkomst beschikt. Overigens zij erop gewezen dat de consument in het geval van een aanvullende overeenkomst betreffende het rentetarief voor een hypothecaire lening gedurende de overeengekomen rentevaste periode geen opzeggingsrecht heeft (§ 489, lid 1, BGB).

[OMISSIS]