



Datum van inontvangstneming : 20/12/2017

Zaak C-628/17

Samenvatting van het verzoek om een prejudiciële beslissing overeenkomstig artikel 98, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof van Justitie

Datum van indiening:

8 november 2017

Verwijzende rechter:

Sąd Najwyższy (Polen)

Datum van de verwijzingsbeslissing:

14 september 2017

Verzoeker in cassatie (verweerder):

Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów

Verweerster in cassatie (verzoekster):

Orange Polska S.A.

Voorwerp van het hoofdgeding

Vaststelling van praktijken die de collectieve belangen van consumenten aantasten en oplegging van een geldboete

Voorwerp en rechtsgrondslag van de prejudiciële vraag

Begrip „agressieve handelspraktijk” in de zin van artikel 8 van richtlijn 2005/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 mei 2005 betreffende oneerlijke handelspraktijken, en met name de vraag wanneer een ondernemer op ongepaste wijze zijn natuurlijke machtspositie ten aanzien van een consument uitbuit bij het sluiten van een overeenkomst op afstand betreffende het verrichten van diensten.

Prejudiciële vraag

Moet artikel 8 juncto artikel 9 en artikel 2, onder j), van richtlijn 2005/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 mei 2005 betreffende oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten op de interne markt en tot wijziging van richtlijn 84/450/EEG van de Raad, richtlijnen 97/7/EG, 98/27/EG en 2002/65/EG van het Europees Parlement en de Raad en van verordening (EG) nr. 2006/2004 van het Europees Parlement en de Raad (PB 2005, L 149, blz. 22) aldus worden uitgelegd dat het gebruik door een ondernemer van een model voor het sluiten van overeenkomsten op afstand betreffende het verrichten van telecommunicatiediensten, waarbij een consument het definitieve besluit over de transactie moet nemen in aanwezigheid van de koerier die de modelovereenkomsten [algemene voorwaarden] overhandigt, als een agressieve handelspraktijk door ongepaste beïnvloeding moet worden aangemerkt, en wel:

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

Aangevoerde bepalingen van Unierecht

Richtlijn 2005/29/EG

Artikel 2, onder j)

Artikel 8

Artikel 9

Aangevoerde bepalingen van nationaal recht

Wet van 23 augustus 2007 betreffende de bestrijding van oneerlijke marktpraktijken (Staatsblad van de Republiek Polen van 2007, nr. 171, volgnr. 1206, met latere wijzigingen)

Artikel 8

1. Een handelspraktijk wordt geacht agressief te zijn indien zij de keuzevrijheid of de vrijheid van handelen van de gemiddelde consument met betrekking tot het product door ongepaste beïnvloeding aanzienlijk beperkt of kan beperken, waardoor hij ertoe wordt gebracht of kan worden gebracht een beslissing over een overeenkomst te nemen die hij anders niet zou hebben genomen.

2. Als ongepaste beïnvloeding geldt elke vorm van uitbuiting van een machtspositie ten aanzien van een consument, met name het gebruik van of de dreiging met fysiek of psychisch geweld, op een wijze die het vermogen van de gemiddelde consument om een geïnformeerde beslissing te nemen over een overeenkomst, aanzienlijk beperkt.

Korte uiteenzetting van de feiten en de procedure

- 1 Orange Polska S.A. (hierna: „ondernemer”) sluit met consumenten overeenkomsten betreffende het verrichten van telecommunicatiediensten en brengt wijzigingen in de voorwaarden van de overeenkomst aan (in de vorm van aanhangsels), onder meer bij verkoop op afstand via de webwinkel of bij verkoop per telefoon (telewinkelen). Het sluiten van een overeenkomst of de aanvulling ervan door aanhangsels via een website (of analoog bij telewinkelen) omvat de volgende handelingen: 1) oproepen van een website en kennisnemen van het aanbod van de onderneming; 2) kiezen van een goed of van een overeenkomst; 3) opgeven van een bestelling; 4) bevestiging van de bestelling; 5) uitvoering van de bestelling met gebruikmaking van de diensten van een koeriersdienst, die de consument documenten overhandigt die vooraf zijn ondertekend door personen, die gemachtigd zijn om namens de ondernemer overeenkomsten te sluiten; 6) sluiten van de overeenkomst en in voorkomend geval overhandiging van het goed; 7) activering van de overeenkomst. De ondernemer heeft op zijn webpagina modelovereenkomsten [in het Poolse recht een verzamelbegrip voor algemene voorwaarden, modelovereenkomsten, reglementen en soortgelijke stelsels van clausules, zie artikel 384 van het Poolse burgerlijk wetboek] opgenomen, die voor consumenten in de eerste fase van het opgeven van een bestelling via een speciale link toegankelijk waren. Er was echter niet in voorzien dat de consument in het kader van het opgeven van de bestelling een verklaring betreffende de kennisneming van de modelovereenkomsten afgaf.
- 2 Voor de verkoop van diensten van de ondernemer via beide verkoopkanalen zijn dezelfde reglementen en modelovereenkomsten gebruikt. In de fase van de uitvoering van een door middel van een van de genoemde verkoopkanalen opgegeven bestelling heeft de koerier de consument een conceptovereenkomst (voor een nieuwe dienst of een nieuwe klant) of een aanhangsel (voor een bestaande klant) overhandigd met inbegrip van bijlagen, handelsvoorwaarden, prijslijsten en andere documenten, die na de ondertekening vaste onderdelen van

de overeenkomst werden. De consument heeft bij de ondertekening van de overeenkomst of van het aanhangsel verklaard dat hij had kennisgenomen van alle aan hem overhandigde documenten, en hij de inhoud ervan had aanvaard. De ondernemer eiste voor de totstandkoming van de overeenkomst en de aanvang van de dienst dat de consument de overeenkomst of het aanhangsel bij de overeenkomst betreffende het verrichten van telecommunicatiediensten tijdens het bezoek van de koerier ondertekende. Wanneer tijdens het bezoek geen ondertekening plaatsvond, had dat tot gevolg dat er geen overeenkomst werd gesloten, en dat de consument ofwel zich naar een vast verkooppunt moest begeven ofwel opnieuw een bestelling moest opgeven op de website respectievelijk via het telewinkelen-kanaal.

- 3 De Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (voorzitter van de autoriteit voor mededingings- en consumentenbescherming; hierna: „voorzitter van de autoriteit”) heeft bij beschikking van 30 december 2010 vastgesteld dat de ondernemer een praktijk toepast die de collectieve belangen van de consumenten aantast. Deze praktijk bestaat erin dat de ondernemer de beslissingsvrijheid van consumenten om door de overeenkomst betreffende het verrichten van telecommunicatiediensten te worden gebonden, beperkt door ten aanzien van consumenten een model voor het sluiten van overeenkomsten op afstand betreffende het verrichten van telecommunicatiediensten te gebruiken, waarbij een consument de beslissing over de overeenkomst moet nemen in aanwezigheid van de koerier die de modelovereenkomsten overhandigt, zonder dat hij ongehinderd kan kennisnemen van de inhoud ervan. De voorzitter van de autoriteit was van mening dat deze handelwijze een oneerlijke handelspraktijk vormde in de zin van artikel 8, lid 1, juncto artikel 4, leden 1 en 2, van de wet van 23 augustus 2007betreffende de bestrijding van oneerlijke marktpraktijken (hierna: „UPNPR”), die de collectieve belangen van consumenten aantastte, en heeft het staken van de toepassing ervan gelast.
- 4 De Sąd Okręgowy w Warszawie - Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów (rechter in eerste aanleg Warschau, Polen – afdeling voor mededingings- en consumentenbescherming; hierna: „rechter in eerste aanleg”) heeft bij vonnis van 27 oktober 2014 de bestreden beschikking nietig verklaard. De voorzitter van de autoriteit heeft tegen het vonnis van de rechtbank in eerste aanleg hoger beroep ingesteld. Bij arrest van de Sąd Apelacyjny w Warszawie (rechter in tweede aanleg Warschau, Polen; hierna: „rechter in tweede aanleg”) van 4 maart 2017 is het hoger beroep verworpen. Volgens de rechter in tweede aanleg bestond er op grond van de door de rechter in eerste aanleg correct vastgestelde feiten geen aanleiding voor de vaststelling dat de ondernemer de consumenten opgepast beïnvloedt.
- 5 De voorzitter van de autoriteit heeft tegen dat arrest van de rechter in tweede aanleg beroep in cassatie ingesteld en schending van artikel 8, lid 2, juncto artikel 8, lid 1, UPNPR aangevoerd. Tegelijkertijd heeft hij verzocht het Hof van

Justitie van de Europese Unie overeenkomstig artikel 267 VWEU een vraag voor te leggen met het oog op een prejudiciële beslissing.

Voornaamste argumenten in het hoofdgeding

- 6 De voorzitter van de autoriteit is van mening dat de beslissingsvrijheid van de consument om gebonden te worden door de overeenkomst betreffende het verrichten van telecommunicatiediensten, aanzienlijk wordt beperkt doordat de consument een beslissing over het sluiten van de overeenkomst moet nemen zonder over een realistische mogelijkheid te beschikken kennis te nemen van de door de koerier overhandigde modelovereenkomsten. Doordat de consument tijdens een kort bezoek van een vreemde (de koerier) een beslissing moet nemen, staat hij onder druk om de overeenkomst te sluiten, zonder in detail kennis te nemen van de voorgestelde contractuele voorwaarden. Afzien van het sluiten van de overeenkomst moet wederom worden gelijkgesteld met het ontbreken van de mogelijkheid om de overeenkomst tegen gunstige voorwaarden te sluiten. Heeft de consument wegens de duur van het bezoek van een koerier niet de mogelijkheid ongehinderd kennis te nemen van de inhoud van de hem overhandigde documenten, dan moet deze praktijk als een ongepaste beïnvloeding door een ondernemer van een gemiddelde consument worden aangemerkt. Had de consument de tijd gehad om in alle rust kennis te nemen van de modelovereenkomsten die de ondernemer gebruikt voor de met hem gesloten overeenkomst betreffende het verrichten van telecommunicatiediensten, dan zou hij mogelijkserwijs een andere beslissing over de overeenkomst hebben kunnen nemen.
- 7 Volgens de rechter in eerste aanleg vormde de in het dispositief van de beschikking uiteengezette handelwijze van de ondernemer geen agressieve handelspraktijk, omdat daardoor de beslissingsvrijheid van de consument met betrekking tot een transactie, waarbij hij contractant is geworden, niet aanzienlijk is beperkt. De rechter in eerste aanleg is van oordeel dat de koerier met de zending die de overeenkomst bevatte welke gereed was om ondertekend te worden, is gekomen op uitdrukkelijke wens of op zijn minst met instemming van de consument. Toen de koerier op bezoek kwam, had de consument reeds een product gekozen uit het aanbod van de ondernemer. De koerier heeft de overeenkomst en de overige documenten overhandigd met een inhoud die correspondeerde met de door de consument op de website van de ondernemer of tijdens een gesprek met een adviseur telefonisch gemaakte afspraken. Volgens de rechter in eerste aanleg leidt het model voor het sluiten van overeenkomsten op afstand betreffende het verrichten van telecommunicatiediensten tot bepaalde beperkingen van de mogelijkheid om kennis te nemen van de inhoud van de overeenkomst bij de overhandiging. Dat is inherent aan de dienstverlening door een koerier (de besteller overhandigt alleen een eerder voorbereid document met de inhoud van de overeenkomst). Dat slechts beperkt kan worden kennisgenomen van de inhoud van de overeenkomst, wordt gecompenseerd door het recht om de

overeenkomst binnen tien dagen te annuleren. Daardoor wordt de machtspositie van de ondernemer ten aanzien van de consument opgeheven of tenminste afgezwakt. Tegelijkertijd was de rechter in eerste aanleg van oordeel dat het door de voorzitter van de autoriteit voorgestelde model voor het afsluiten van de overeenkomst – waarbij de koerier de consument eerst zowel de overeenkomst als de modelovereenkomsten overhandigt en vervolgens na een paar dagen de door de consument ondertekende documenten afhaalt – niet efficiënt was.

- 8 Volgens de rechter in tweede aanleg bestond er op grond van de door de rechter in eerste aanleg correct vastgestelde feiten geen aanleiding voor de vaststelling dat de ondernemer de consumenten ongepast beïnvloedt. De consument heeft (op de website van de ondernemer) het initiatief genomen tot of (bij telewinkelen) ingestemd met het bezoek van de koerier die een exemplaar van de overeenkomst bij zich had dat gereed was om te worden ondertekend, met inbegrip van een verklaring met betrekking tot de ontvangst, de kennisneming en de aanvaarding van de bijgevoegde modelovereenkomsten. Hij heeft bovendien de tijd en de plaats bepaald van de ontmoeting met de koerier met het oog op de ontvangst en ondertekening van de documenten in kwestie. Wanneer een consument de wil uit om een overeenkomst op afstand betreffende het verrichten van telecommunicatiediensten te sluiten en de inhoud van de toekomstige overeenkomst (in het kader van het aanbod van de ondernemer) bepaalt, vormt het feit dat die consument de documenten tijdens de korte aanwezigheid van een koerier op een overeengekomen plaats moet ondertekenen, geen vorm van beïnvloeding in de zin van artikel 8, lid 2, UPNPR [artikel 2, onder j), juncto artikel 8 van richtlijn 2005/29/EG]. Wegens de op grond van richtlijn 2005/29/EG te verwachten mate van voorzorg is daarenboven het vermoeden gerechtvaardigd dat de consument op het moment van het bezoek van de koerier reeds een beslissing heeft genomen over het sluiten van de overeenkomst, waarover hij zich vooraf op eigen initiatief heeft geïnformeerd in de mate waarin hij dit nodig achtte. Het bezoek van de koerier vormt in werkelijkheid alleen nog de omzetting van de eerder door de consument genomen beslissing. Hoewel deze beslissing nog zou kunnen worden gewijzigd, mag niet buiten beschouwing worden gelaten dat de consument zelfs nog tijdens het bezoek van de koerier kan weigeren de overeenkomst te ondertekenen.

Korte uiteenzetting van de motivering van de verwijzing

- 9 Bij de Sąd Najwyższy (hoogste rechter in burgerlijke en strafzaken, Polen) zijn bij de behandeling van het beroep in cassatie van de voorzitter van de autoriteit twijfels gerezen met betrekking tot de uitlegging van artikel 8 juncto artikel 2, onder j), en artikel 9 van richtlijn 2005/29/EG.
- 10 De twijfels van de Sąd Najwyższy aangaande de uitlegging betreffen vooral de inhoud van het begrip „onrechtmatige beïnvloeding” [letterlijke vertaling van het Poolse begrip „bezprawny nacisk” in artikel 2, onder j), van richtlijn 2005/29/EG]

[in de wet tot omzetting van richtlijn 2005/29/EG werd het begrip „ongepaste beïnvloeding” („niedopuszczalny nacisk”) gebruikt]. Volgens artikel 2, onder j), van richtlijn 2005/29/EG wordt onder dat begrip verstaan „het uitbuiten van een machtspositie ten aanzien van de consument om, zelfs zonder gebruik van of dreiging met fysiek geweld, pressie uit te oefenen op een wijze die het vermogen van de consument om een geïnformeerd besluit te nemen, aanzienlijk beperkt”. In de nationale UPNPR wordt daarentegen een ruimer begrip gehanteerd, namelijk „elke vorm van uitbuiting van een machtspositie ten aanzien van een consument”.

- 11 De uitlegging van artikel 8 juncto artikel 2, onder j), en artikel 9 van richtlijn 2005/29/EG met betrekking tot de „uitbuiting van een machtspositie ten aanzien van een consument” is van essentieel belang voor het oordeel over de gegrondheid van het beroep in cassatie van de voorzitter van de autoriteit, omdat bij de feiten van deze zaak geen sprake is van het toepassen van fysiek of psychisch geweld.
- 12 De Sąd Najwyższy neigt ertoe het oordeel van de rechters in beide lagere instanties te volgen, en bepleit alles bij elkaar genomen een zodanige uitlegging van artikel 8 juncto artikel 2, onder j), en artikel 9 van richtlijn 2005/29/EG dat een ondernemer alleen een agressieve handelspraktijk kan worden verweten wanneer is vastgesteld dat hij op oneerlijke wijze, door pressie uit te oefenen of door het oproepen van een onbehaaglijk gevoel, een consument tot het nemen van een beslissing met betrekking tot de overeenkomst overhaalt en de beslissingsvrijheid van de consument aangaande zijn binding door de overeenkomst tegen concrete voorwaarden en zijn verbintenis met een bepaalde ondernemer aanzienlijk beperkt.
- 13 De Sąd Najwyższy wijst erop dat overeenkomstig artikel 2, onder j), van richtlijn 2005/29/EG het begrip „[onrechtmatige] beïnvloeding” moet worden opgevat als het uitbuiten van een machtspositie ten aanzien van een consument om pressie uit te oefenen op een wijze die het vermogen van de consument om een geïnformeerde beslissing te nemen, aanzienlijk beperkt. Volgens de Sąd Najwyższy moet „[onrechtmatige] beïnvloeding” worden opgevat als het doelbewust beïnvloeden door een ondernemer van een consument, om hem met onwettige of met de goede zeden strijdige methoden over te halen een beslissing over een transactie te nemen die de consument zonder dergelijke handelingen en de daarmee gepaard gaande pressie niet zou hebben genomen. Er kan echter geen agressieve handelspraktijk in de zin van artikel 8 van richtlijn 2005/29/EG worden vastgesteld wanneer de ondernemer niet een dergelijke pressie uitoefent op de consument, maar van de consument enkel verwacht dat deze een definitieve beslissing over een overeenkomst neemt (waarbij de consument de wil om deze te sluiten voorlopig in de fase van de bestelling van de koeriersdienst tot uitdrukking heeft gebracht).
- 14 De Sąd Najwyższy merkt op dat het sluiten van een overeenkomst betreffende het verrichten van telecommunicatiediensten in het kader van het door de ondernemer toegepaste model stapsgewijze plaatsvindt. Het bezoek van de koerier en de

ondertekening van de modelovereenkomsten door de consument vormen de laatste fase van het proces, in het kader waarvan de consument zijn beslissing over de transactie neemt. Tijdens het bezoek van de koerier moet de consument de definitieve beslissing nemen of hij zich door de overeenkomst wil binden aan de ondernemer dan wel afziet van het sluiten van de overeenkomst tegen de voorlopig reeds door hem aanvaarde voorwaarden.

- 15 Voorts wijst de Sąd Najwyższy erop dat volgens de bewoordingen van artikel 8 van richtlijn 2005/29/EG alle kenmerken en omstandigheden van een als agressieve handelspraktijk aangemerkte handelwijze van een ondernemer in aanmerking moeten worden genomen. Om te kunnen uitgaan van een agressieve handelspraktijk zijn derhalve aanvullende vaststellingen noodzakelijk waaruit blijkt dat de ondernemer die deze toepast in de fase waarin hij een gemiddelde consument ervan overtuigt een voorlopige beslissing over het sluiten van de overeenkomst te nemen (bestelling van een koeriersdienst), zich oneerlijk gedraagt of aanstuurt op oneerlijk gedrag van de koerier tijdens het bezoek aan de consument, waarbij het tot het sluiten van de overeenkomst komt (bijvoorbeeld doordat hij dreigt om geen diensten te verrichten indien de overeenkomst in aanwezigheid van de koerier niet wordt ondertekend of om ongerechtvaardigde contractuele boetes in rekening te brengen, dan wel fysiek geweld uitoefent met het oog op de ondertekening van de overeenkomst of met de mogelijkheid dreigt de overeenkomst op een later tijdstip maar tegen slechtere voorwaarden af te sluiten).
- 16 De Sąd Najwyższy stelt daarenboven vast dat artikel 8 van richtlijn 2005/29/EG met betrekking tot deze voorwaarde aldus moet worden uitgelegd dat van een agressieve handelspraktijk kan worden uitgegaan wanneer de beslissingsvrijheid van de consument (zij het ook slechts naar verwachting) aanzienlijk wordt beperkt. Volgens de Sąd Najwyższy leidt de toepassing van het beschreven model voor het afsluiten van overeenkomsten op afstand betreffende het verrichten van telecommunicatiediensten niet tot een dergelijke beperking. Uit het stapsgewijs afsluiten van een dergelijke overeenkomst op afstand volgt namelijk dat de consument reeds in de fase van de bestelling op de website van de ondernemer of tijdens het telefoongesprek met een adviseur een principiële (zij het een voorlopig en niet bindend) besluit neemt. De beslissingsvrijheid van de consument of hij een dienovereenkomstige wilsverklaring afgeeft dan wel weigert dat te doen (in welk geval er geen overeenkomst wordt gesloten), wordt niet beperkt bij het bezoek van de koerier, tijdens hetwelk de consument door ondertekening van de overeenkomst betreffende het verrichten van telecommunicatiediensten een definitieve beslissing moet nemen. Van een dergelijke beperking zou alleen sprake kunnen zijn wanneer de koerier door zijn gedrag (met name ten gevolge van afspraken tussen het koeriersbedrijf en de ondernemer die de telecommunicatiediensten verricht) de consument beïnvloedt met het oog op de nemen definitieve beslissing over de binding door de overeenkomst betreffende het verrichten van telecommunicatiediensten.

- 17 Aangaande de uitlegging van artikel 8 van richtlijn 2005/29/EG met betrekking tot de voorwaarde dat „[de consument] over een transactie een besluit [neemt] dat hij anders niet had genomen”, is de Sąd Najwyższy van mening dat wanneer een ondernemer met een consument voorlopig de voorwaarden voor het verrichten van diensten bepaalt voor het geval dat er een daartoe strekkende overeenkomst wordt gesloten, en aansluitend een overeenkomst en modelovereenkomsten ter ondertekening voorlegt, waaruit blijkt dat de voorwaarden voor het verrichten van diensten overeenkomen met de eerder bepaalde en door de consument aanvaarde voorwaarden, er geen sprake van kan zijn dat de consument ten gevolge van de pressie die ontstaat door de aanwezigheid van de koerier, over een transactie een beslissing neemt die hij anders niet had genomen, ook al kan hij tijdens het bezoek van de koerier niet werkelijk kennisnemen van de inhoud van de tijdens het bezoek van de koerier overhandigde modelovereenkomsten. Aan de voorwaarde dat de consument „over een transactie een besluit [neemt] dat hij anders niet had genomen”, zou zijn voldaan wanneer een aanbieder van telefoondiensten een consument via een koerier een overeenkomst en modelovereenkomsten zou overhandigen die andere voorwaarden voor het verrichten van telecommunicatiediensten bevatten dan die waarmee de consument eerder heeft ingestemd, omdat de pressie die ontstaat door de aanwezigheid van de op een snelle beslissing over de transactie wachtende koerier ertoe zou leiden dat de consument een beslissing neemt die hij anders niet had genomen, aangezien hij ermee heeft ingestemd met de ondernemer een overeenkomst te sluiten tegen andere voorwaarden dan die welke hem uiteindelijk worden aangeboden.
- 18 Voorts moet in aanmerking worden genomen dat een bepaalde handelspraktijk enkel als agressief kan worden aangemerkt wanneer deze de beslissing van een gemiddelde consument over een transactie kan beïnvloeden. Bij de gemiddelde consument gaat het – uitzonderingen daargelaten – om een „redelijk geïnformeerde, omzichtige en oplettende” consument. Wanneer een gemiddelde consument die via een verkoopkanaal op de website van een ondernemer een voor hem geschikt aanbod uitkiest en opdracht geeft tot de overhandiging van de desbetreffende documenten door een koerier op een overeengekomen plaats en op een overeengekomen tijdstip, tijdens het bezoek van de koerier niet „ongehinderd” en uitvoerig kennis kan nemen van de inhoud van de aan hem overhandigde documenten, vormt dat volgens de Sąd Najwyższy noch een beperking van de beslissingsvrijheid van een dergelijke consument noch een beïnvloeding van zijn beslissing over de transactie, voor zover deze consument tijdens de bestelling op de website van de ondernemer kennis heeft kunnen nemen van de inhoud van de modelovereenkomsten.
- 19 De Sąd Najwyższy twijfelt evenwel aan de uitlegging aangaande de kwalificatie van dergelijke handelwijzen van ondernemers als agressieve handelspraktijken die kosten met zich meebrengende of bovenmatige niet-contractuele belemmeringen in de zin van artikel 9 van richtlijn 2005/29/EG vormen. Van een dergelijke belemmering zou sprake zijn wanneer de consument – vóór het bezoek van de koerier – niet de mogelijkheid heeft gehad om kennis te nemen van de inhoud van

de door de ondernemer gebruikte modelovereenkomsten. Wanneer een ondernemer die als verkoopkanalen voor zijn diensten het internet en de telefoon gebruikt, aan een consument niet individueel (bijvoorbeeld op zijn e-mailadres) alle documenten (modelovereenkomsten) betreffende de door de consument en de ondernemer aan te gane contractuele verhouding ter beschikking stelt, kan zelfs een modelconsument in de zin van overweging 18 van richtlijn 2005/29/EG moeilijkheden ondervinden om vast te stellen wat de concrete modelovereenkomst is die op de met de ondernemer te sluiten overeenkomst moet worden toegepast. Alleen indien op de website van de ondernemer ondubbelzinnig aangeduide modelovereenkomsten betreffende een concreet aan een consument gericht aanbod toegankelijk zouden zijn, zou ervan kunnen worden uitgegaan dat een gemiddelde consument de gegarandeerde mogelijkheid had om hiervan vooraf (vóór het bezoek van de koerier en de definitieve beslissing of hij zich door de overeenkomst met de ondernemer verbindt) kennis te nemen, en zou de ondernemer geen voor de consument belastende belemmering opwerpen die met zich meebrengt dat deze zelfstandig moet achterhalen welke modelovereenkomsten van toepassing zijn op de door hem te sluiten overeenkomst.

- 20 Daartegenover staat dat de toepassing van het model voor het sluiten van de overeenkomst, dat voorwerp is van het bij de Sąd Najwyższy aanhangige geding, ook wanneer niet is voldaan aan het vereiste dat gemakkelijk moet kunnen worden vastgesteld welke modelovereenkomsten op de te sluiten overeenkomst van toepassing zijn, op zichzelf de consument niet belet zijn rechten uit te oefenen en met name te beslissen om de overeenkomst betreffende het verrichten van telecommunicatiediensten (op welke grond ook) niet te ondertekenen, alsmede gebruik te maken van zijn recht om af te zien van deze overeenkomst, wanneer hij niet de mogelijkheid heeft kennis te nemen van de inhoud van de door de ondernemer gebruikte modelovereenkomsten.
- 21 In aanmerking genomen dat de harmonisatie van de nationale bepalingen op grond van richtlijn 2005/29/EG volledig is, dat het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: „Hof”) tot nog toe niet heeft verduidelijkt hoe deze bepalingen moeten worden uitgelegd en dat de voorzitter van de autoriteit in het beroep in cassatie heeft verzocht om een prejudiciële vraag voor te leggen, alsmede gelet op de voor het Hof aanhangige prejudiciële vraag van de Italiaanse Consiglio di Stato (hoogste bestuursrechter, Italië) in zaak C-54/17, heeft de Sąd Najwyższy besloten dat hij noch de leer van de *acte clair*, noch de leer van de *acte éclairé* kan toepassen. Aangezien de beoordeling of de in dit geding vastgestelde feiten toereikend zijn om het gedrag van de ondernemer als een agressieve handelspraktijk aan te merken, afhangt van de uitlegging van de bovengenoemde bepalingen van richtlijn 2005/29/EG, wordt het gerechtvaardigd geacht de onderhavige vraag voor te leggen met het oog op een prejudiciële beslissing.