

HvJEG, 3 september 2009, Messner v Stefan Krüger



CONSUMENTENRECHT – Koop op afstand

Geen compenserende vergoeding voor gebruik bij herroeping mogelijk, behalve indien gebruik in strijd is met goede trouw of in geval van ongerechtvaardigde verrijking

- Gelet op een en ander moet op de gestelde vraag worden geantwoord dat artikel 6, lid 1, tweede zin, en lid 2, van richtlijn 97/7 aldus moet worden uitgelegd dat het zich verzet tegen een nationale wettelijke regeling die in algemene zin bepaalt dat de verkoper bij tijdige herroeping door de consument, van die consument een compenserende vergoeding kan eisen voor het gebruik van een middels een overeenkomst op afstand verworven goed.
- Diezelfde bepalingen verzetten zich er evenwel niet tegen dat de consument wordt verplicht tot het betalen van een compenserende vergoeding voor het gebruik van dit goed, wanneer dit gebruik heeft plaatsgevonden op een wijze die onverenigbaar is met de beginselen van burgerlijk recht, zoals dat van de goede trouw of van ongerechtvaardigde verrijking, mits geen afbreuk wordt gedaan aan de doelstelling van deze richtlijn en, met name, aan de doeltreffendheid en effectiviteit van het herroepingsrecht, hetgeen de nationale rechter dient vast te stellen.

Vindplaatsen: curia.europa.eu

HvJEG, 3 september 2009

(P. Jann, M. Ilešič, A. Tizzano, E. Levits en J.J. Kasel, V. Trstenjak)

ARREST VAN HET HOF (Eerste kamer)

3 september 2009 (*)

„Richtlijn 97/7/EG – Bescherming van consument – Op afstand gesloten overeenkomsten – Uitoefening van herroepingsrecht door consument – Aan verko-per te betalen vergoeding voor gebruik”

In zaak C-489/07,

betreffende een verzoek om een prejudiciële beslissing krachtens artikel 234 EG, ingediend door het Amtsgericht Lahr (Duitsland) bij beslissing van 26 oktober 2007, ingekomen bij het Hof op 5 november 2007,

in de procedure

[...] Messner

tegen

Firma Stefan Krüger,

wijst

HET HOF VAN JUSTITIE (Eerste kamer),

samengesteld als volgt: P. Jann (rapporteur), kamerpresident, M. Ilešič, A. Tizzano, E. Levits en J.-J. Kasel, rechters,

advocaat-generaal: V. Trstenjak,

griffier: K. Sztranc-Slawiczek, administrateur,

gezien de stukken en na de terechtzitting op 11 december 2008,

gelet op de opmerkingen van:

– de Duitse regering, vertegenwoordigd door M. Lumma en J. Kemper als gemachtigden,

– de Belgische regering, vertegenwoordigd door L. Van den Broeck als gemachtigde,

– de Spaanse regering, vertegenwoordigd door J. Rodríguez Cárcomo als gemachtigde,

– de Oostenrijkse regering, vertegenwoordigd door E. Riedl als gemachtigde,

– de Portugese regering, vertegenwoordigd door L. Inez Fernandes en P. Contreiras als gemachtigden,

– de Commissie van de Europese Gemeenschappen, vertegenwoordigd door V. Kreuschitz, W. Wils en H. Krämer als gemachtigden,

gehoord de conclusie van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 18 februari 2009,

het navolgende

Arrest

1 Het verzoek om een prejudiciële beslissing betreft de uitlegging van artikel 6 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 (PB L 144, blz. 19).

2 Dit verzoek is ingediend in het kader van een geding tussen mevrouw Messner, consumente, en de Firma Stefan Krüger (hierna: „Stefan Krüger”), een onderneming die verkoopt via internet, inzake de terugbetaling van een bedrag van 278 EUR na de opzegging van een op afstand gesloten overeenkomst.

Toepasselijke bepalingen

Gemeenschapsregeling

3 In punt 14 van de considerans van richtlijn 97/7 wordt gesteld:

„Overwegende dat het de consument vóór de sluiting van de overeenkomst niet mogelijk is daadwerkelijk het product te zien of van de aard van de dienstverrichting kennis te nemen; dat het, tenzij anderszins in deze richtlijn bepaald, wenselijk is te voorzien in een herroepingsrecht; dat het [„opdat dit recht niet louter formeel blijft,] noodzakelijk is de eventuele kosten die de consument bij de uitoefening van het herroepingsrecht moet dragen, te beperken tot de rechtstreekse kosten voor het terugzenden van de goederen; dat dit herroepingsrecht de rechten van de consument op grond van de nationale wetgeving, met name met betrekking tot de ontvangst van beschadigde goederen en gebrekkige diensten of van producten en diensten die niet met de beschrijving van het aanbod overeenstemmen, onverlet laat; dat de lidstaten de bevoegdheid hebben de overige voorwaarden en regels voortvloeiend uit het herroepingsrecht te bepalen”.

4 Artikel 6, leden 1 en 2, van deze richtlijn bepaalt:

„Herroepingsrecht

1. Bij elke overeenkomst op afstand beschikt de consument over een termijn van ten minste 7 werkdagen

* Procestaal Duits

waarbinnen hij de overeenkomst kan herroepen zonder betaling van een boete en zonder opgave van redenen. Aan de consument kunnen, voor de uitoefening van zijn herroepingsrecht, ten hoogste de rechtstreekse kosten voor het terugzenden van de goederen worden aangerekend.

[...]

2. Wanneer het herroepingsrecht overeenkomstig dit artikel door de consument is uitgeoefend, is de leverancier verplicht de door de consument gestorte bedragen kosteloos terug te betalen. Aan de consument kunnen, voor de uitoefening van zijn herroepingsrecht, ten hoogste de rechtstreekse kosten voor het terugzenden van de goederen worden aangerekend. Deze terugbetaling moet zo spoedig mogelijk en in elk geval binnen dertig dagen plaatsvinden.”

5 Artikel 14 van voornoemde richtlijn luidt:

„Minimumclausule

Ter verhoging van het beschermingsniveau van de consument kunnen de lidstaten op het onder deze richtlijn vallende gebied strengere bepalingen aannemen of handhaven, voor zover deze verenigbaar zijn met het verdrag. [...]”

Nationale regeling

6 § 312 d van het Bürgerliche Gesetzbuch (Duits burgerlijk wetboek; hierna: „BGB”), met als opschrift „Herroepings- en teruggaverecht bij overeenkomsten op afstand”, luidt:

„(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.

(2) In afwijking van § 355, lid 2, eerste zin, gaat de herroepingstermijn niet in voordat is voldaan aan de informatieverplichtingen krachtens § 312 c, lid 2; bij levering van goederen niet vóór de dag waarop de bestemming deze ontvangt; bij herhaalde levering van soortgelijke goederen niet vóór de dag waarop de eerste deellevering wordt ontvangen; bij dienstverrichtingen niet vóór de dag waarop de overeenkomst wordt gesloten.”

7 § 355 BGB, met als opschrift „Herroepingsrecht bij door de consument gesloten overeenkomsten”, bepaalt:

„(1) Wanneer de consument bij wet een herroepingsrecht krachtens deze bepaling wordt toegekend, dan is hij niet langer gebonden door zijn wilsverklaring tot het sluiten van de overeenkomst, wanneer hij deze tijdig heeft herroepen. De herroeping hoeft niet met redenen te zijn omkleed en dient binnen een termijn van twee weken middels een geschrift of door terugzending van het goed te worden meegedeeld aan de ondernemer. De termijn wordt geacht te zijn nageleefd bij tijdige verzending.

(2) De termijn gaat in op het tijdstip waarop de consument in duidelijke bewoordingen gestelde schriftelijke informatie over zijn herroepingsrecht ontvangt, die hem zijn rechten duidelijk maakt overeenkomstig de eisen van het gebruikte communicatiemiddel, de naam en het adres vermeldt van de adressaat van de herroeping, en een verwijzing bevat naar het begin van de termijn en naar de voorschriften van lid 1, tweede zin. Wanneer de

informatie na de sluiting van de overeenkomst wordt meegedeeld, bedraagt de termijn in afwijking van lid 1, tweede zin, één maand. Indien de overeenkomst schriftelijk dient te worden gesloten, gaat de termijn niet in voordat een exemplaar van de overeenkomst of van de schriftelijke bestelling, of een kopie daarvan, ter beschikking is gesteld aan de consument. In geval van betwisting over het begin van de termijn draagt de ondernemer de bewijslast.

(3) Het herroepingsrecht vervalt uiterlijk zes maanden na de sluiting van de overeenkomst. Bij de levering van goederen gaat de termijn niet in vóór de dag waarop zij zijn ontvangen. In afwijking van de eerste zin vervalt het herroepingsrecht niet, indien de consument niet naar behoren is geïnformeerd over zijn herroepingsrecht. Bij overeenkomsten op afstand betreffende de verrichting van financiële diensten vervalt het herroepingsrecht evenmin wanneer de ondernemer niet naar behoren heeft voldaan aan zijn informatieverplichtingen uit hoofde van § 312 c, lid 2, punt 1.”

8 § 357 BGB heeft als opschrift „Juridische gevolgen van de herroeping en van de teruggave”, en bepaalt:

„(1) Tenzij anders bepaald vinden de voorschriften inzake het wettelijke opzeggingsrecht mutatis mutandis toepassing op het herroepings- en teruggaverecht. § 286, lid 3, is mutatis mutandis van toepassing op de verplichting tot het terugbetalen van betaalde bedragen krachtens dit voorschrift; de in die bepaling vastgestelde termijn gaat in met de verklaring van herroeping of teruggave van de consument. Gaat het daarbij om een terugbetalingsverplichting van een consument, dan gaat de termijn in met diens verklaring, gaat het om een terugbetalingsverplichting van de ondernemer, dan gaat deze in met de ontvangst daarvan.

(3) In afwijking van § 346, lid 2, eerste zin, punt 3, dient de consument een vergoeding te betalen wanneer het goed door het gebruik conform de bestemming ervan in een slechtere staat verkeert, mits hij uiterlijk bij de sluiting van de overeenkomst schriftelijk is gewezen op dit rechtsgevolg en op een mogelijkheid om dit te voorkomen. Dit geldt niet, wanneer de slechtere staat uitsluitend te wijten is aan het keuren van het goed. § 346, lid 3, eerste zin, punt 3, vindt geen toepassing wanneer de consument naar behoren is geïnformeerd over zijn herroepingsrecht of daarvan op een andere wijze kennis heeft gekregen.

(4) Verdere aanspraken zijn uitgesloten.”

9 § 346, met als opschrift „Gevolgen van de opzegging”, leden 1 tot en met 3, BGB, luidt als volgt: „(1) Wanneer een partij voor zichzelf een opzeggingsrecht heeft bedongen of een wettelijk opzeggingsrecht heeft, dient zij in geval van opzegging de ontvangen prestaties en de genoten voordelen te restitueren.

(2) In plaats daarvan dient de schuldenaar een vergoeding te betalen indien:

1. restitutie gelet op de aard van het gepresteerde uitgesloten is;
2. de schuldenaar het ontvangen goed heeft verbruikt, vervreemd, belast, verwerkt of omgevormd;
3. het ontvangen goed versleten is of teniet is gegaan, behoudens wanneer de slijtage voortvloeit uit het normale gebruik van het goed.

Indien de overeenkomst in een tegenprestatie voorziet, vormt deze de basis voor de berekening van de vergoeding; indien een vergoeding dient te worden betaald voor het gebruik van een geleend goed, kan het bewijs worden geleverd dat dit gebruik minder waard was.

(3) De vergoedingsplicht vervalt:

1. wanneer het gebrek op grond waarvan de overeenkomst kan worden opgezegd, pas bij de verwerking of de omvorming van het goed aan het licht is gekomen;
2. voor zover de schuldeiser de gevolgen van de slijtage of het tenietgaan dient te dragen of de schade ook bij hem zou zijn ontstaan;
3. wanneer in het geval van een wettelijk opzeggingsrecht het goed is versleten of tenietgegaan bij de rechthebbende hoewel deze dezelfde zorgvuldigheid heeft betracht als die welke hij gewoonlijk voor zijn eigen zaken betracht.

In geval van verrijking is hiervoor een vergoeding verschuldigd.”

Hoofdingeding en prejudiciële vraag

10 Op 2 december 2005 heeft mevrouw Messner van Stefan Krüger via internet een tweedehands notebook gekocht voor 278 EUR.

11 De door Stefan Krüger op internet gepubliceerde algemene verkoopvoorwaarden bepaalden ten tijde van deze verkoop met name dat de koper een vergoeding moet betalen wanneer het goed als gevolg van het gebruik conform de bestemming ervan in slechtere staat verkeert.

12 In augustus 2006 was er een defect aan het display van bovengenoemd notebook. Messner stelde Stefan Krüger op 4 augustus 2006 hiervan op de hoogte. Deze weigerde het defect gratis te repareren.

13 Op 7 november 2006 heeft Messner de koopovereenkomst herroepen en aangeboden het notebook tegen terugbetaling van de koopprijs aan Stefan Krüger terug te zenden. Deze herroeping geschiedde binnen de door het BGB gestelde termijnen, aangezien Messner niet de in de bepalingen van deze wet voorziene informatie had ontvangen die de herroepingstermijn zou hebben doen ingaan.

14 Messner heeft voor het Amtsgericht Lahr van Stefan Krüger betaling van 278 EUR gevorderd.

15 Stefan Krüger heeft in rechte tegen deze vordering aangevoerd, dat Messner voor het gebruik van het notebook gedurende ongeveer acht maanden hoe dan ook een vergoeding moet betalen. De marktprijs voor de huur van een vergelijkbaar notebook bedraagt gemiddeld ongeveer 118,80 EUR voor drie maanden; berekend over de tijd van het gebruik door Messner betekent dit een vergoeding van 316,80 EUR.

16 Daarop heeft het Amtsgericht Lahr de behandeling van de zaak geschorst en het Hof de volgende prejudiciële vraag gesteld:

„Moeten de bepalingen van artikel 6, lid 2, juncto lid 1, tweede zin, van richtlijn 97/7 [...] aldus worden uitgelegd dat zij zich verzetten tegen een nationale wettelijke regeling volgens welke de verkoper bij tijdige herroeping door de consument vergoeding voor het gebruik van het geleverde consumptiegoed kan eisen?”

Beantwoording van de prejudiciële vraag

17 Met zijn vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of de bepalingen van artikel 6, lid 1, tweede zin, en lid 2, van richtlijn 97/7 aldus moeten worden uitgelegd dat zij zich verzetten tegen een nationale wettelijke regeling volgens welke de verkoper bij tijdige herroeping door de consument, van die consument een vergoeding kan eisen voor het gebruik van een door een overeenkomst op afstand verworven goed.

18 Krachtens artikel 6, lid 1, tweede zin, en lid 2, van richtlijn 97/7 kunnen aan de consument, voor de uitoefening van zijn herroepingsrecht, ten hoogste de rechtstreekse kosten voor het terugzenden van de goederen worden aangerekend.

19 In dit verband volgt uit punt 14 van de considerans van richtlijn 97/7 dat dit verbod om aan de consument andere kosten aan te rekenen dan die welke rechtstreeks voortvloeien uit het terugzenden van de goederen, beoogt te verzekeren dat het door de richtlijn gewaarborgde herroepingsrecht „niet louter formeel blijft”. Zo zou de consument ervan kunnen worden weerhouden om gebruik te maken van dit recht, indien daaraan negatieve financiële gevolgen zouden zijn verbonden.

20 Bovendien volgt uit datzelfde punt van de considerans dat het herroepingsrecht beoogt de consument te beschermen in de bijzondere situatie van een op afstand gesloten overeenkomst, waarbij „het de consument vóór de sluiting van de overeenkomst niet mogelijk is daadwerkelijk het product te zien of van de aard van de dienstverrichting kennis te nemen”. Het herroepingsrecht wordt dus geacht het nadeel te vergoeden dat de consument lijdt bij een op afstand gesloten overeenkomst, door hem een passende bedenktijd toe te kennen waarin hij het verworven goed kan keuren en uitproberen.

21 In het licht van deze doelstellingen moet het verbod van artikel 6, lid 1, tweede zin, en lid 2, van richtlijn 97/7 worden uitgelegd.

22 In dit verband moet worden vastgesteld dat de algemene verplichting volgens welke voor het gebruik van een door een overeenkomst op afstand verworven goed een compenserende vergoeding moet worden betaald, niet verenigbaar is met deze doelstellingen.

23 Zoals de advocaat-generaal in punt 74 van haar conclusie heeft bevestigd, kan de consument, wanneer hij een dergelijke compenserende vergoeding zou moeten betalen enkel omdat hij het middels een overeenkomst op afstand verworven goed heeft kunnen gebruiken gedurende de tijd waarin het zich in zijn bezit bevond, zijn herroepingsrecht immers enkel uitoefenen tegen betaling van voornoemde vergoeding. Een dergelijk gevolg is duidelijk onverenigbaar met de formulering en het doel van artikel 6, lid 1, tweede zin, en lid 2, van richtlijn 97/7, en ontnemt de consument met name de mogelijkheid om in alle vrijheid en zonder enige druk gebruik te maken van de hem door deze richtlijn toegekende bedenktijd.

24 Ook zou afbreuk worden gedaan aan de doeltreffendheid en effectiviteit van het herroepingsrecht, wanneer de consument enkel vanwege het feit dat hij het middels een overeenkomst op afstand verworven

goed heeft gekeurd en uitgeprobeerd een compenserende vergoeding zou moeten betalen.

Aangezien het herroepingsrecht nu juist tot doel heeft de consument deze mogelijkheid te bieden, mag het feit dat hij hiervan gebruik heeft gemaakt niet tot gevolg hebben dat de consument dit recht enkel kan uitoefenen op voorwaarde dat hij een vergoeding betaalt.

25 Hoewel richtlijn 97/7 beoogt de consument te beschermen in de bijzondere situatie van een op afstand gesloten overeenkomst, strekt zij er evenwel niet toe hem rechten te verlenen die meer omvatten dan hetgeen hij nodig heeft om naar behoren zijn herroepingsrecht te kunnen uitoefenen.

26 Bijgevolg staan het door richtlijn 97/7 nagestreefde doel, en met name het in artikel 6, lid 1, tweede zin, en lid 2, ervan neergelegde verbod, er in beginsel niet aan in de weg dat de regeling van een lidstaat de consument verplicht tot het betalen van een billijke compenserende vergoeding in de situatie waarin deze het middels een overeenkomst op afstand verworven goed heeft gebruikt op een wijze die onverenigbaar is met de beginselen van burgerlijk recht, zoals die van de goede trouw of van de ongerechtvaardigde verrijking.

27 Dienaangaande zij opgemerkt dat uit de laatste zin van punt 14 van de considerans van richtlijn 97/7 blijkt dat de lidstaten de bevoegdheid hebben de overige uit het herroepingsrecht voortvloeiende voorwaarden en regels te bepalen. Deze bevoegdheid moet evenwel worden uitgeoefend met inachtneming van de doelstelling van deze richtlijn, en mag geen afbreuk doen aan de doeltreffendheid en effectiviteit van het herroepingsrecht. Dit zou bijvoorbeeld het geval zijn, wanneer het bedrag van een compenserende vergoeding, zoals die welke in het voorgaande punt is genoemd, niet in verhouding staat tot de koopprijs van het betrokken goed of wanneer de nationale regeling op de consument de last legt om te bewijzen dat hij dit goed tijdens de termijn voor herroeping niet heeft gebruikt op een wijze die verder ging dan nodig was om naar behoren zijn herroepingsrecht te kunnen uitoefenen.

28 Aan de hand van deze beginselen dient de nationale rechter de bij hem aanhangige zaak te beslechten, daarbij naar behoren rekening houdend met alle bijzonderheden hiervan, en met name met de aard van het betrokken product, alsmede met de vraag hoelang het, doordat de verkoper zijn informatieverplichting niet is nagekomen, heeft geduurd voordat de consument, zijn herroepingsrecht heeft uitgeoefend.

29 Gelet op een en ander moet op de gestelde vraag worden geantwoord dat artikel 6, lid 1, tweede zin, en lid 2, van richtlijn 97/7 aldus moet worden uitgelegd dat het zich verzet tegen een nationale wettelijke regeling die in algemene zin bepaalt dat de verkoper bij tijdige herroeping door de consument, van die consument een compenserende vergoeding kan eisen voor het gebruik van een middels een overeenkomst op afstand verworven goed. Diezelfde bepalingen verzetten zich er evenwel niet tegen dat de consument wordt verplicht tot het betalen van een compenserende vergoeding voor het gebruik van dit goed, wanneer dit gebruik heeft plaatsgevonden op een wijze die onverenigbaar is met de beginselen van burgerlijk recht, zoals

dat van de goede trouw of van ongerechtvaardigde verrijking, mits geen afbreuk wordt gedaan aan de doelstelling van deze richtlijn en, met name, aan de doeltreffendheid en effectiviteit van het herroepingsrecht, hetgeen de nationale rechter dient vast te stellen.

Kosten

30 Ten aanzien van de partijen in het hoofdgeding is de procedure als een aldaar gerezen incident te beschouwen, zodat de nationale rechterlijke instantie over de kosten heeft te beslissen. De door anderen wegens indiening van hun opmerkingen bij het Hof gemaakte kosten komen niet voor vergoeding in aanmerking.

Het Hof van Justitie (Eerste kamer) verklaart voor recht:

Artikel 6, lid 1, tweede zin, en lid 2, 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, moet aldus worden uitgelegd dat het zich verzet tegen een nationale wettelijke regeling die in algemene zin bepaalt dat de verkoper bij tijdige herroeping door de consument, van die consument een compenserende vergoeding kan eisen voor het gebruik van een middels een overeenkomst op afstand verworven goed.

Diezelfde bepalingen verzetten zich er evenwel niet tegen dat de consument wordt verplicht tot het betalen van een compenserende vergoeding voor het gebruik van dit goed, wanneer dit gebruik heeft plaatsgevonden op een wijze die onverenigbaar is met de beginselen van burgerlijk recht, zoals dat van de goede trouw of van ongerechtvaardigde verrijking, mits geen afbreuk wordt gedaan aan de doelstelling van deze richtlijn en, met name, aan de doeltreffendheid en effectiviteit van het herroepingsrecht, hetgeen de nationale rechter dient vast te stellen.

Conclusie Advocaat-Generaal V. Trstenjak

van 18 februari 2009 (1)

Zaak C-489/07

[...] Messner

tegen

Firma Stefan Krüger

[verzoek van het Amtsgericht Lahr (Duitsland) om een prejudiciële beslissing]

„Bescherming van consument bij op afstand gesloten overeenkomsten – Richtlijn 97/7/EG – Herroepingsrecht krachtens artikel 6 – Punt 14 van considerans – Vergoeding voor gebruik van geleverde goed bij tijdige herroeping – Begrippen ‚betaling van een boete’ en ‚kosten’”

Inhoud

I – Inleiding

II – Toepasselijke bepalingen

A – Gemeenschapsrecht

B – Nationaal recht

III – Feiten van het hoofdgeding en prejudiciële vragen

IV – Procesverloop voor het Hof

V – Voornaamste argumenten van partijen

VI – Juridische beoordeling

A – Opmerkingen vooraf

B – Inleidende overwegingen betreffende de aard en de functie van een gebruiksvergoeding

C – De uit de prejudiciële vraag voortvloeiende stappen van de analyse

D – Valt de vergoeding onder het begrip „betaling van een boete”, zodat zij onverenigbaar is met richtlijn 97/7?

E – Valt de vergoeding onder het begrip kosten, zodat zij onverenigbaar is met richtlijn 97/7?

1. Het begrip kosten in richtlijn 97/7 – Uitlegging op basis van de bewoordingen en de systematiek van de zinnen

2. Het begrip kosten in richtlijn 97/7 – Teleologische en systematische benadering

3. De tot dusver gegeven uitlegging vindt steun in een grondiger analyse van het aan richtlijn 97/7 ten grondslag liggende concept van risicoverdeling

4. Niet-nakoming van de informatieplicht en gevolgen daarvan

5. Levert de mogelijkheid dat er zich individuele gevallen van misbruik voordoen grond op voor een regeling die nadelig is voor alle consumenten?

6. Onderscheid met de rechtspraak in de arresten Schulte en Crailsheimer Volksbank

7. Conclusie

F – Bij wijze van voorzorg, voor het geval het Hof zou oordelen dat de vergoeding niet onder de begrippen „betaling van een boete” of „kosten” van richtlijn 97/7 valt: zijn de lidstaten bevoegd om een vergoedingsregeling vast te stellen?

VII – Conclusie

I – Inleiding

1. Het onderhavige verzoek om een prejudiciële beslissing betreft de uitlegging van artikel 6, lid 2, juncto lid 1, eerste alinea, tweede zin, 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.(2)

2. Het hoofdgeding betreft de ongedaanmaking van een overeenkomst op afstand. Partijen in het hoofdgeding zijn het oneens over de vraag of verweerster het recht heeft om op de terug te betalen koop prijs een vergoeding voor het door verzoekster genoten gebruik in mindering te brengen.

3. Overeenkomsten op afstand worden gekenmerkt door het feit dat er geen verkoopsgesprek in een winkel plaatsvindt. Bij de voorbereiding noch de sluiting van de overeenkomst is er persoonlijk contact tussen de verkoper – die in deze context logischerwijs leverancier wordt genoemd – en de consument in de zin van een gelijktijdige fysieke aanwezigheid.(3) De overeenkomst wordt gesloten in het kader van een speciaal door de leverancier georganiseerd systeem voor verkoop of dienstverlening.(4) Daartoe wordt uitsluitend gebruik gemaakt van technieken voor communicatie op afstand, waarbij het begrip communicatietechniek in

het kader van richtlijn 97/7, overeenkomstig bijlage I erbij, ruim moet worden opgevat. Het omvat enerzijds de klassieke technieken voor communicatie op afstand door middel van brieven, drukwerk, catalogi en telefoongesprekken. Anderzijds omvat bedoeld begrip nieuwe technieken die het resultaat zijn van voortdurende ontwikkelingen en het mogelijk maken via internet en andere media zaken te doen en handel te drijven, zoals videotekst, beeldtelefoon, elektronische post of telewinkelen. Inzonderheid ingevolge de ontwikkeling van nieuwe technologieën moeten ook de voorschriften inzake consumentenbescherming worden aangepast, zonder daarbij de belangen van de leveranciers uit het oog te verliezen. Bij de analyse van de onderhavige zaak moet dus ook worden bedacht dat het zakendoen en de handel via het internet en vergelijkbare moderne media in de toekomst waarschijnlijk nog veel meer zullen voorkomen dan thans reeds het geval is.

II – Toepasselijke bepalingen

A – Gemeenschapsrecht

4. Punt 14 van de considerans van richtlijn 97/7 luidt:

„Overwegende dat het de consument vóór de sluiting van de overeenkomst niet mogelijk is daadwerkelijk het product te zien of van de aard van de dienstverrichting kennis te nemen; dat het, tenzij anderszins in deze richtlijn bepaald, wenselijk is te voorzien in een herroepingsrecht; dat het[, opdat er geen sprake zou zijn van een louter formeel herroepingsrecht,] noodzakelijk is de eventuele kosten die de consument bij de uitoefening van het herroepingsrecht moet dragen, te beperken tot de rechtstreekse kosten voor het terugzenden van de goederen; dat dit herroepingsrecht de rechten van de consument op grond van de nationale wetgeving, met name met betrekking tot de ontvangst van beschadigde goederen en gebrekkige diensten of van producten die niet met de beschrijving van het aanbod overeenstemmen, onverlet laat; dat de lidstaten de bevoegdheid hebben de overige voorwaarden en regels voortvloeiend uit het herroepingsrecht te bepalen.”

5. Artikel 5 van richtlijn 97/7 bevat voorschriften betreffende de informatieverplichtingen waaraan de leverancier ten aanzien van de consument moet voldoen.

6. Artikel 6 van richtlijn 97/7 bepaalt:

„Herroepingsrecht

(1) Bij elke overeenkomst op afstand beschikt de consument over een termijn van ten minste 7 werkdagen waarbinnen hij de overeenkomst kan herroepen zonder betaling van een boete en zonder opgave van redenen. Aan de consument kunnen, voor de uitoefening van zijn herroepingsrecht, ten hoogste de rechtstreekse kosten voor het terugzenden van de goederen worden aangerekend.

Voor de uitoefening van dit recht gaat de termijn in:

– voor goederen, op de dag waarop de consument deze ontvangt, wanneer aan de verplichtingen van artikel 5 is voldaan;

[...]

Wanneer de leverancier niet heeft voldaan aan de verplichtingen van artikel 5, is de termijn drie maanden. Deze termijn gaat in:

– voor goederen, op de dag waarop de consument deze ontvangt;
[...]

Indien de in artikel 5 bedoelde gegevens binnen deze termijn van drie maanden zijn verstrekt, beschikt de consument vanaf dat ogenblik over de in de eerste alinea bedoelde termijn van ten minste zeven werkdagen.

(2) Wanneer het herroepingsrecht overeenkomstig dit artikel door de consument is uitgeoefend, is de leverancier verplicht de door de consument gestorte bedragen kosteloos terug te betalen. Aan de consument kunnen, voor de uitoefening van zijn herroepingsrecht, ten hoogste de rechtstreekse kosten voor het terugzenden van de goederen worden aangerekend. Deze terugbetaling moet zo spoedig mogelijk en in elk geval binnen dertig dagen plaatsvinden.

(3) [...]"

B – Nationaal recht

7. De Duitse uitvoeringsvoorschriften van richtlijn 97/7 zijn inzonderheid te vinden in §§ 312 b en volgende van het Duitse Bürgerliches Gesetzbuch (burgerlijk wetboek; hierna: „BGB”)(5) en in de Verordnung über Informations- und Nachweispflichten nach bürgerlichem Recht (besluit betreffende civielrechtelijke informatie- en bewijsverplichtingen; hierna: „BGB-InfoV”)(6).

8. § 312 d BGB, met als opschrift „Herroepings- en teruggevarecht bij overeenkomsten op afstand”, luidt:

„(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 teruggevarecht worden toegekend in plaats van het herroepingsrecht.

(2) In afwijking van § 355, lid 2, eerste zin, gaat de herroepingstermijn niet in voordat is voldaan aan de informatieverplichtingen krachtens § 312 c, lid 2; bij levering van goederen niet vóór de dag waarop de bestemming deze ontvangt; bij herhaalde levering van soortgelijke goederen niet vóór de dag waarop de eerste deellevering wordt ontvangen; bij dienstverrichtingen niet vóór de dag waarop de overeenkomst wordt gesloten.”

9. § 355 BGB, met als opschrift „Herroepingsrecht bij door de consument gesloten overeenkomsten”, bepaalt:

„(1) Wanneer de consument bij wet een herroepingsrecht krachtens deze bepaling wordt toegekend, dan is hij niet langer gebonden door zijn wilsverklaring tot het sluiten van de overeenkomst, wanneer hij deze tijdig heeft herroepen. De herroeping hoeft niet met redenen te zijn omkleed en dient binnen een termijn van twee weken middels een geschrift of door terugzending van het goed te worden meegedeeld aan de ondernemer. De termijn wordt geacht te zijn nageleefd bij tijdige verzending.

(2) De termijn gaat in op het tijdstip waarop de consument in klare taal gestelde schriftelijke informatie over zijn herroepingsrecht ontvangt, die hem zijn rechten duidelijk maakt overeenkomstig de eisen van het gebruikte communicatiemiddel, de naam en het adres vermeldt van de adressaat van de herroeping, en een verwijzing bevat naar het begin van de termijn en naar

de voorschriften van lid 1, tweede zin. Wanneer de informatie na de sluiting van de overeenkomst wordt meegedeeld, bedraagt de termijn in afwijking van lid 1, tweede zin, één maand. Indien de overeenkomst schriftelijk dient te worden gesloten, gaat de termijn niet in voordat een exemplaar van de overeenkomst of van de schriftelijke bestelling, of een kopie daarvan, ter beschikking is gesteld aan de consument. In geval van betwisting over het begin van de termijn draagt de ondernemer de bewijslast.

(3) Het herroepingsrecht vervalt uiterlijk zes maanden na de sluiting van de overeenkomst. Bij de levering van goederen gaat de termijn niet in vóór de dag waarop zij zijn ontvangen. In afwijking van de eerste zin vervalt het herroepingsrecht niet, indien de consument niet naar behoren is geïnformeerd over zijn herroepingsrecht. Bij overeenkomsten op afstand betreffende de verrichting van financiële diensten vervalt het herroepingsrecht evenmin wanneer de ondernemer niet naar behoren heeft voldaan aan zijn informatieverplichtingen uit hoofde van § 312 c, lid 2, punt 1.”

10. § 357 BGB heeft als opschrift „Juridische gevolgen van de herroeping en van de teruggave”, en luidt:

„(1) Tenzij anders bepaald vinden de voorschriften inzake het wettelijke opzeggingsrecht mutatis mutandis toepassing op het herroepings- en teruggaverecht. § 286, lid 3, is mutatis mutandis van toepassing op de verplichting tot terugbetaling van betaalde bedragen krachtens dit voorschrift; de in die bepaling vastgestelde termijn gaat in met de verklaring van herroeping of teruggave van de consument. Gaat het daarbij om een terugbetalingsverplichting van een consument, dan gaat de termijn in met diens verklaring, gaat het om een terugbetalingsverplichting van de ondernemer, dan gaat deze in met de ontvangst daarvan.

[...]

(3) In afwijking van § 346, lid 2, eerste zin, punt 3, dient de consument een vergoeding te betalen wanneer het goed door het gebruik conform de bestemming ervan in een slechtere staat verkeert, mits hij uiterlijk bij de sluiting van de overeenkomst schriftelijk is geweest op dit rechtsgevolg en op een mogelijkheid om dit te voorkomen. Dit geldt niet, wanneer de slechtere staat uitsluitend te wijten is aan het controleren van het goed. § 346, lid 3, eerste zin, punt 3, vindt geen toepassing wanneer de consument naar behoren is geïnformeerd over zijn herroepingsrecht of daarvan op een andere wijze kennis heeft gekregen.

(4) Verdere aanspraken zijn uitgesloten.”

11. § 14, leden 1 en 3, BGB-InfoV regelt de vorm van de informatie over het herroepings- en teruggaverecht en het gebruik van een model.

12. Daarop steunend is in bijlage 2 bij § 14, leden 1 en 3, BGB-InfoV het model voor de informatie over het herroepingsrecht als volgt geformuleerd:

„Herroepingsrecht

U kan uw verklaring tot het sluiten van de overeenkomst binnen twee weken zonder opgave van redenen herroepen door middel van een geschrift (een brief, faxbericht, e-mail, etc.) of – wanneer u het goed vóór het verstrijken van de termijn heeft ontvangen – door

de terugzending van het goed. De termijn gaat in wanneer u deze informatie schriftelijk heeft ontvangen. Voor de naleving van de herroepingstermijn volstaat de tijdige verzending van de herroeping of de tijdige terugzending van het goed.[...]

Gevolgen van de herroeping

In geval van een geldige herroeping zijn de door beide partijen ontvangen prestaties en de eventueel [...] verkregen voordelen (bv. rente) terug te geven. Kunt u ons het ontvangen goed compleet of deels niet of slechts in slechtere staat retourneren, dan bent u in voorkomend geval gehouden ons de waarde ervan te vergoeden. Dit geldt niet, wanneer de slechtere staat van het goed bij terugzending uitsluitend te wijten is aan de controle ervan zoals dit bijvoorbeeld in een winkel mogelijk zou zijn geweest.

Voorts kunt u ontsnappen aan de verplichting om een vergoeding te betalen voor de slechtere staat waarin het goed als gevolg van het gebruik conform de bestemming ervan zou verkeren, door dit niet als een eigenaar in gebruik te nemen en alles na te laten wat de waarde ervan zou kunnen verminderen.

Goederen die in pakketten kunnen worden verzonden, dienen op onze kosten en op ons risico te worden teruggezonden. Andere goederen worden bij u afgehaald.”

III – Feiten van het hoofdgeding en prejudiciële vragen

13. Verzoekster in het hoofdgeding is een consument. Verweerster in het hoofdgeding is een onderneming die via internet verkoopt.

14. Verzoekster kocht op 2 december 2005 een door verweerster op internet aangeboden tweedehands notebook. De aankoopprijs bedroeg 278 EUR.

15. De op internet gepubliceerde algemene verkoopvoorwaarden van verweerster bepaalden ten tijde van de verkoop met name: „[...] U bent niet meer door de gesloten overeenkomst verbonden, wanneer u het geleverde goed binnen 14 dagen na de ontvangst ervan op uw kosten en risico terugzendt. Om deze termijn na te leven, hoeft u ons alleen het goed tijdig terug te zenden en ons daarvan vooraf schriftelijk op de hoogte te stellen. Alle niet-aangekondigde retourzendingen worden door ons niet aanvaard. [...] Ten slotte wijzen wij er uitdrukkelijk op dat u een vergoeding moet betalen, wanneer het bij ons bestelde goed als gevolg van het gebruik conform de bestemming ervan in slechtere staat verkeert, en wij bevelen u aan uw beslissing tot ingebruikneming van de bij ons bestelde goederen zorgvuldig te nemen, wanneer u niet zeker bent of u deze wil behouden. U zult vast begrijpen dat een reeds gebruikt goed slechts tegen een lagere prijs aan andere klanten kan worden verkocht. In de regel bedraagt deze vermindering 15 % van de waarde van het goed. Een verplichting tot vergoeding bestaat niet bij origineel verpakte goederen die niet in gebruik zijn genomen. U blijft evenwel vrij, het bij ons aangekochte goed te controleren.”

16. In augustus 2006 was er een defect aan het display van de computer. Op 4 augustus 2006 deelde verzoekster dit aan verweerster mee. Deze weigerde een gratis reparatie van het defect.

17. Op 7 november 2006 heeft verzoekster de koopovereenkomst herroepen en onverwijld het notebook tegen terugbetaling van de koopprijs aan verweerster aangeboden.

18. Verzoekster heeft een vordering ingesteld, strekkende tot veroordeling van verweerster tot betaling van 278 EUR, vermeerderd met rente en buitengerechtelijke kosten, en tot vaststelling dat er met betrekking tot de betaling aan de kant van verweerster sprake was van schuldeiserverzuim.

19. Verweerster heeft tegen de vordering ingebracht dat verzoekster voor het gebruik van het notebook gedurende ongeveer acht maanden hoe dan ook een vergoeding moest betalen. De marktprijs voor de huur van een vergelijkbaar notebook bedraagt gemiddeld ongeveer 118,80 EUR voor drie maanden; berekend over de tijd van het gebruik door verzoekster betekent dit een vergoeding van 316,80 EUR, welk bedrag kan worden tegengesteld aan de verlangde betaling.

20. De verwijzende rechter is van oordeel dat verzoekster vóór afloop van de herroepingstermijn heeft herroepen, aangezien zij geen geldige herroepingsinformatie had ontvangen.

21. In dat verband zet hij uiteen dat naar Duits recht de herroepingstermijn niet ingaat vóórdat verweerster aan haar informatieverplichtingen heeft voldaan. Volgens de verwijzende rechter voldoet de door verweerster verstrekte informatie over de herroeping en de gevolgen van de herroeping niet aan de eisen van § 312 c, lid 2, BGB en bijlage 2 bij § 14, leden 1 en 3, BGB-InfoV, zodat zij ongeldig is. In dat verband haalt hij verschillende aspecten van de herroepingsinformatie aan.(7)

22. Aangaande de ongedaanmaking zet de verwijzende rechter uiteen dat naar Duits recht consumenten bij herroeping krachtens § 312 d, lid 1, eerste zin, juncto §§ 355, 357, lid 1, en 346, lid 1, BGB het ontvangene moeten teruggeven. Bovendien bepaalt § 346, lid 1, BGB dat de verkregen voordelen moeten worden teruggegeven. Voor zover teruggave door de aard van de verkregen voordelen onmogelijk is, moet de schuldenaar krachtens § 346, lid 2, eerste zin, punt 1, BGB een vergoeding betalen. § 100 BGB verstaat onder voordelen de vruchten van een zaak alsook de baten die door het gebruik van een zaak worden verkregen.

23. De verwijzende rechter zet uiteen, dat de beslissing over verzoeksters aanspraak op terugbetaling van het betaalde bedrag van 278,00 EUR afhangt van het antwoord op de vraag, of verweerster bij de terugbetaling van de aankoopprijs het recht heeft deze te verminderen met de vergoeding voor de voordelen die verzoekster heeft verkregen door het gebruik van het consumptiegoed. De omstandigheid dat er vanaf augustus 2006 een defect aan het notebook was, is volgens de verwijzende rechter niet van beslissend belang voor de oplossing van het geschil, maar slechts relevant voor de berekening van de duur van de gebruiksmogelijkheid. Er dient te worden aangenomen dat verzoekster het notebook alleen conform de bestemming ervan in gebruik heeft genomen.(8)

24. Daarop heeft het Amtsgericht Lahr (Duitsland) bij beslissing van 26 oktober 2007 het Hof de volgende prejudiciële vraag gesteld:

Moeten de bepalingen van artikel 6, lid 2, juncto lid 1, tweede zin, 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, aldus worden uitgelegd dat zij zich verzetten tegen een nationale wettelijke regeling volgens welke de verkoper bij tijdige herroeping door de consument vergoeding voor het gebruik van het geleverde consumptiegoed kan eisen?

IV – Procesverloop voor het Hof

25. De prejudiciële verwijzing is op 5 november 2007 ingekomen ter griffie van het Hof.

26. De Belgische, de Duitse, de Spaanse, de Oostenrijkse en de Portugese regering alsmede de Commissie hebben schriftelijke opmerkingen ingediend binnen de in artikel 23 van het Statuut van het Hof genoemde termijn.

27. Na afloop van de schriftelijke behandeling heeft op 11 december 2008 de mondelinge behandeling plaatsgevonden, waaraan de Duitse en de Spaanse regering alsook de Commissie hebben deelgenomen.

V – Voornaamste argumenten van partijen

28. De bij het Hof ingediende opmerkingen kunnen worden ingedeeld in twee redeneringslijnen, waarin ten dele verdere nuances kunnen worden onderscheiden. De Duitse en de Oostenrijkse regering alsook de Commissie concluderen dat de prejudiciële vraag ontkennend moet worden beantwoord, terwijl de Belgische, de Spaanse en de Portugese regering het tegenovergestelde antwoord voorstellen.

29. Uit het spectrum van voorgestelde antwoorden blijkt, dat er bij de beantwoording van de prejudiciële vraag sprake is van een niet onaanzienlijke uitleggingsmarge.⁽⁹⁾

30. De Duitse en de Oostenrijkse regering zijn van mening dat richtlijn 97/7 ruimte laat voor een nationale regeling inzake de vergoeding voor het daadwerkelijk verkregen gebruik. De richtlijn laat in het midden of, en in hoeverre de consument verplicht is het verkregen gebruik te vergoeden. Bij een gebruiksvergoeding is er geen sprake van „kosten” in de zin van punt 14 van de considerans respectievelijk van artikel 6, leden 1, eerste alinea, tweede zin, en 2, van richtlijn 97/7, en evenmin van een „betaling van een boete” in de zin van artikel 6, lid 1, eerste alinea, eerste zin, van deze richtlijn. Een „betaling van een boete” in de zin van de richtlijn is volgens hen een betaling die uitsluitend de herroeping bestraft, zonder verband te houden met een concreet vermogensnadeel voor de ondernemer. De vergoedingsverplichting voor voordelen die de consument door het gebruik heeft verkregen, sanctioneert de herroeping niet. Van „kosten” ingevolge de uitoefening van het herroepingsrecht is slechts sprake bij geldbedragen die zijn aangewend in het kader van de uitvoering van handelingen waartoe de herroeping aanleiding geeft. Dat is in het kader van de uitoefening van het herroepingsrecht een door de consument te stellen handeling – het terugzenden van de goederen – alsook een door de leverancier te verrichten handeling – de

terugbetaling van de eventueel reeds betaalde koopprijs. Een ruimere uitlegging van het woord „kosten”, op grond waarvan op verrijking gebaseerde vorderingen jegens de consument zouden zijn uitgesloten, vindt geen steun in de bewoordingen van de richtlijn en vloeit evenmin voort uit een uitlegging op basis van de opzet, de strekking en het doel. Richtlijn 97/7 wordt gekenmerkt door twee onderliggende doelen: de voltooiing van de interne markt en de bescherming van de consument. Aan deze twee beginselen wordt niet afgedaan door de nationale regeling, die bij herroeping voorziet in een wederzijdse aanspraak op vergoeding voor daadwerkelijke, door het gebruik verkregen voordelen.

31. De betaling van een dergelijke gebruiksvergoeding wordt dus niet verboden door richtlijn 97/7, maar valt binnen de beoordelingsvrijheid van de lidstaten. Dit vloeit voort uit de laatste zin van punt 14 van de considerans van deze richtlijn, waarin het heet dat de lidstaten de bevoegdheid hebben om de overige voorwaarden en regels voortvloeiend uit het herroepingsrecht te bepalen. Wanneer de consument het gekochte goed vóór de herroeping niet slechts heeft uitgeprobeerd maar intensief heeft gebruikt, zodat hij is verrijkt, zou het onbillijk zijn de leverancier de mogelijkheid te ontzeggen om van de consument compensatie te verlangen.

32. De Oostenrijkse regering voegt hieraan toe, dat een nationale regeling op grond waarvan de leverancier bij herroeping van de overeenkomst van de consument een gebruiksvergoeding kan eisen, richtlijnconform moet worden uitgelegd. Het opleggen van een gebruiksvergoeding zou onverenigbaar zijn met het doel van het herroepingsrecht krachtens artikel 6 van richtlijn 97/7, indien de consument deze reeds zou moeten betalen wanneer hij het goed slechts aan een inspectie heeft onderworpen of dit conform de bestemming ervan kortstondig in gebruik heeft genomen om het uit te proberen. Zou de consument bij de uitoefening van het herroepingsrecht in het algemeen worden geconfronteerd met dergelijke financiële lasten, dan zou dit neerkomen op een met de richtlijn strijdige straf, die de uitoefening van het herroepingsrecht door de consument moeilijker of zelfs onmogelijk zou maken. Richtlijn 97/7 heeft echter als basisdoelstelling, te voorkomen dat de consument die een goed op afstand koopt, in een minder gunstige situatie komt te verkeren dan de consument die in persoonlijke aanwezigheid van de verkoper een overeenkomst sluit en het betrokken goed daarbij doorgaans gratis kan beoordelen (bijvoorbeeld door het te proberen). Bijgevolg moet in het geval van verkoop op afstand bij de ontvangst van de goederen een beoordeling kunnen plaatsvinden, die weliswaar na de sluiting van de overeenkomst plaatsvindt, maar de consument door een onbeperkte uitoefening van het herroepingsrecht in een vergelijkbare situatie brengt als een consument die het goed heeft onderzocht maar daarna geen koopovereenkomst heeft gesloten.

33. De Duitse regering zet voorts uiteen, dat de hier aan de orde zijnde Duitse regeling de voorschriften van richtlijn 97/7 aanvult en de bij deze richtlijn ingestelde

ongedaanmaking van de rechtsverhouding vervolledigt. De Duitse regeling voorziet in de verplichting tot – wederzijdse – teruggave van door het gebruik verkregen voordelen. Wanneer de consument zijn herroepingsrecht uitoefent, is de leverancier krachtens § 357, lid 1, eerste zin, juncto § 346, lid 1, BGB verplicht, het ontvangen geldbedrag, vermeerderd met een door het gebruik daarvan verkregen voordeel, terug te betalen. Als dergelijke voordelen komen kapitaalinkomsten, zoals rente, in aanmerking, alsook door de aflossing van schulden uitgespaarde uitgaven, zoals kredietkosten. Wanneer de leverancier het geld in strijd met de regels van goed beheer niet heeft geïnvesteerd en evenmin heeft gebruikt om schulden af te lossen, hoewel hij dit had kunnen doen, is hij de consument krachtens § 357, lid 1, eerste zin, juncto § 347, lid 1, eerste zin, BGB een vergoeding verschuldigd. Van zijn kant is de consument krachtens § 357, lid 1, eerste zin, juncto § 346, leden 1 en 2, BGB een vergoeding verschuldigd voor eventuele verkregen voordelen. Onder voordelen zijn krachtens § 100 BGB de baten te verstaan die door het gebruik van het goed zijn verkregen. Volgens de rechtspraak van het Bundesgerichtshof wordt de vergoeding berekend door de feitelijke gebruiksduur te delen door de (nog) mogelijke gebruiksduur, en het resultaat hiervan te vermenigvuldigen met de prijs. Wanneer van deze berekeningswijze wordt uitgegaan, kan de door de consument te betalen vergoeding nooit hoger dan de koopprijs zijn. Over het algemeen kan de vergoeding niet hoog uitvallen. De vordering van de leverancier in het hoofdgeding is, wat het bedrag ervan betreft, niet steekhoudend. De Duitse regering beoogt voorts dat er voor de consument geen gevaar bestaat dat hij niet zal kunnen voldoen aan zijn bewijslast met betrekking tot een vergoeding, aangezien volgens het Duitse recht de bewijslast voor de bewering, dat de consument door het goed daadwerkelijk een economische voordeel heeft verkregen, en voor het bedrag van de eventueel daaruit voortvloeiende vordering, op de leverancier rust.

34. De Commissie is net zoals de Duitse en de Oostenrijkse regering van mening dat een regeling voor de gebruiksvergoeding zoals de in casu aan de orde zijnde Duitse regeling niet onder het begrip „kosten” kan worden gesubsumeerd. Het is vaste rechtspraak van het Hof dat het gemeenschapsrecht de nationale rechter niet belet erop toe te zien dat de bescherming van de door de communautaire rechtsorde gewaarborgde rechten niet uitloopt op ongerechtvaardigde verrijking van de rechthebbenden.⁽¹⁰⁾ Daarbij plaatst de Commissie de kanttekening, dat het evenwel niet aangaat dat het in dat verband toepasselijke nationale recht zonder beïnvloeding door het gemeenschapsrecht van toepassing is op situaties die onder het gemeenschapsrecht vallen. In vaste rechtspraak eist het Hof integendeel de eerbiediging van de beginselen van doeltreffendheid en gelijkwaardigheid bij de toepassing van nationaal recht op onder het gemeenschapsrecht vallende situaties.⁽¹¹⁾ De inachtneming van het gelijkwaardigheidsbeginsel veronderstelt, dat wanneer het om gelijksoortige heffingen of rechten gaat, het in geding zijnde voorschrift gelijkkelijk van toepassing is op beroepen gebaseerd op schending van het gemeenschapsrecht en op beroepen

gebaseerd op schending van het nationale recht. De Commissie is van mening dat er in het onderhavige geval vanuit dat oogpunt geen problemen van gemeenschapsrecht rijzen. De beoordeling zou evenwel anders zijn in een rechtssituatie waarin de leverancier bij verkoop op afstand een gebruiksvergoeding zou kunnen eisen die aan de hand van abstracte criteria wordt berekend en bijgevolg prohibitief zou kunnen blijken te zijn, doordat zij de uitoefening van het herroepingsrecht economisch oninteressant en dus in de praktijk onmogelijk maakt. Volgens de Commissie moet een gebruiksvergoeding gebaseerd zijn op de werkelijke waarde van het gekochte goed en van de verwachte levensduur, zodat zij in verhouding tot de oorspronkelijke prijs en de duur van het gebruik wordt berekend.

35. De Belgische, de Spaanse en de Portugese regering zijn van mening dat richtlijn 97/7 in de weg staat aan een nationale regeling voor de vergoeding van daadwerkelijk verkregen voordelen.

36. Volgens hen blijkt uit richtlijn 97/7 dat aan de consument geen andere dan de rechtstreekse kosten voor het terugzenden van de goederen kunnen worden aangerekend. Ook punt 14 van de considerans van de richtlijn leidt niet tot een andere conclusie, aangezien het geen ruimte laat voor de aanrekening van andere kosten. Artikel 6, lid 2, van richtlijn 97/7 heeft tot doel de „oorspronkelijke toestand” te herstellen, wat slechts de restitutie van het ontvangen goed of de ontvangen dienst tegen terugbetaling van de betaalde bedragen omvat. Volgens hen is het van primordiaal belang de prejudiciële vraag te beantwoorden in de zin van het door de richtlijn nagestreefde doel van consumentenbescherming. In elke consumptieverhouding is de consument de meest kwetsbare partij. Dit geldt inzonderheid wanneer er sprake is van op afstand gesloten overeenkomsten. Volgens voornoemde regeringen moeten op dat gebied bijzonder hoge eisen worden gesteld aan de consumentenbescherming, teneinde te verhinderen dat het gebruik van technieken voor communicatie op afstand leidt tot een verminderde bescherming van de consument. De toekenning van een herroepingsrecht aan de consument is een van de hoekstenen van de regeling. Volgens punt 14 van de considerans vereist de doeltreffendheid van dit recht, dat de consument bij uitoefening ervan geen andere verplichtingen kunnen worden opgelegd dan de loutere terugzending van de goederen. Zou de verkoper voor het gebruik van het goed een – overigens moeilijk te berekenen – vergoeding mogen eisen, dan zou de uitoefening van het recht op bedenktijd en het herroepingsrecht worden beperkt, of zelfs veranderen in een louter formeel recht, aangezien de consument wordt verhinderd om zijn recht uit te oefenen. Toestaan dat een verkoper die niet heeft voldaan aan zijn wettelijke informatieverplichtingen, een vergoeding zou kunnen verlangen, zou in strijd zijn met de wil van de gemeenschapswetgever. Een dergelijke vergoeding, die ook een sanctie vormt, is bijvoorbeeld in het Spaanse recht uitdrukkelijk uitgesloten.

VI – Juridische beoordeling

A – Opmerkingen vooraf

37. Centraal in het onderhavige verzoek om een prejudiciële beslissing staat de rechtsvraag, of een nationale bepaling die bij herroeping van een op afstand gesloten overeenkomst voorziet in een door de consument te betalen vergoeding voor het inmiddels genoten gebruik van het betrokken goed, verenigbaar is met het herroepingsrecht van richtlijn 97/7.

38. Bij wijze van inleiding zou ik in de eerste plaats erop willen wijzen dat het niet de eerste keer is dat het probleem van de vergoeding voor het gebruik van een goed aan de orde is in de rechtspraak van het Hof. Dienaangaande zij herinnerd aan het arrest *Quelle* van 17 april 2008(12), waarin de vraag aan de orde was, of de verkoper in geval van vervanging van niet-conform consumptiegoed, voor het gebruik van dat goed van de consument een vergoeding kan verlangen. Het gemeenschapsrechtelijke kader van die zaak was richtlijn 1999/44/EG van het Europees Parlement en de Raad van 25 mei 1999 betreffende bepaalde aspecten van de verkoop van en de garanties voor consumptiegoederen.(13) Het Hof kwam in het arrest *Quelle* – in overeenstemming met de conclusie van 15 november 2007(14) – tot de slotsom, dat artikel 3 van richtlijn 1999/44 aldus moest worden uitgelegd dat deze bepaling in de weg staat aan een nationale regeling volgens welke de verkoper, in geval van levering van een niet-conform consumptiegoed, van de consument een vergoeding mag eisen voor het gebruik van het niet-conforme goed tot aan de vervanging ervan door een nieuw goed.(15)

39. In de zaken *Schulte*(16) en *Crailsheimer Volksbank*(17) diende het Hof zich uit te spreken over een in zekere zin aanverwante problematiek betreffende de terbeschikkingstelling van kapitaal, voor zover daarin de vraag aan de orde was, of de gemeenschapsrechtelijke regeling inzake de herroeping bij huis-aan-huisverkoop wordt geschonden door een nationale bepaling op grond waarvan de consument in het geval van opzegging van een overeenkomst betreffende een hypothecair krediet, niet alleen verplicht is om de krachters die overeenkomst ontvangen sommen terug te betalen, maar tevens om de leninggever de op de markt gangbare rente te betalen. Het gemeenschapsrechtelijke kader van die zaak was richtlijn 85/577/EEG van de Raad van 20 december 1985 betreffende de bescherming van de consument bij buiten verkoopruimten gesloten overeenkomsten.(18) Het Hof kwam in de arresten *Schulte* en *Crailsheimer Volksbank* tot de conclusie dat de verplichting om de op de markt gangbare rente te betalen met de richtlijn verenigbaar was.(19)

40. Wat de in casu aan de orde zijnde richtlijn 97/7 betreft, is er nog geen rechtspraak over de kwestie van een eventuele gebruiksvergoeding. Of en in hoeverre eventueel de twee in de punten 37 en 39 vermelde jurisprudentiële lijnen relevant kunnen zijn voor de onderhavige problematiek, zal verder in deze conclusie moeten worden onderzocht.

41. Als tweede voorafgaande opmerking dient, gelet op de omstandigheden van de zaak, kort te worden vermeld dat richtlijn 97/7 geen onderscheid maakt tussen nieuwe en gebruikte goederen. Voor beide geldt het herroepingsrecht.

42. Als derde voorafgaande opmerking zou ik willen wijzen op twee bijzonderheden van het hoofdgeding. Enerzijds wens ik te benadrukken, dat de verwijzende rechter zijn vraag stelt tegen de achtergrond van een geval waarin een defect aan het geleverde goed, dat zich ongeveer zeven maanden na de verkoop had voorgedaan, vanuit feitelijk oogpunt een rol speelt. De verwijzende rechter wijst er evenwel uitdrukkelijk op, dat de aanwezigheid van een defect zijns inziens niet van beslissend belang is voor de oplossing van het geschil, maar enkel relevant kan zijn voor de eventuele berekening van de duur van de gebruiksmogelijkheid. Daaruit blijkt, dat er in de onderhavige zaak een heel andere rechtsvraag aan de orde is dan de rechtsvraag in de zaak *Quelle*(20), waarin, in de context van een andere richtlijn(21), eveneens uitspraak diende te worden gedaan over het probleem van de vergoeding voor het gebruik van een geleverd en later geretourneerd goed. In die zaak rees de vraag betreffende de vergoeding immers in volstrekt andere omstandigheden, namelijk in samenhang met de levering van een niet-conform consumptiegoed en de vervanging daarvan door een nieuw goed.

43. Anderzijds merk ik op, dat volgens de door de verwijzende rechter vastgestelde feiten de herroeping van de overeenkomst in het hoofdgeding geruime tijd na de koopdatum plaatsvond, namelijk ongeveer elf maanden. Uit de verwijzingsbeslissing blijkt dat de herroeping volgens de verwijzende rechter niettemin tijdig vóór het einde van de herroepingstermijn plaatsvond, aangezien de consumente binnen de in het nationale recht gestelde termijnen(22) niet op geldige wijze over haar herroepingsrecht was geïnformeerd. Tegen die achtergrond bevat het in casu aan de orde zijnde verzoek om een prejudiciële beslissing geen vraag betreffende de tijdigheid van de herroeping door de consument. Dienovereenkomstig heeft de navolgende juridische analyse slechts betrekking op de kwestie van de aanspraak op gebruiksvergoeding bij de ongedaanmaking van overeenkomsten op afstand.

44. Hoewel de prejudiciële procedure in beginsel aldus is opgezet, dat de relevante bepalingen van gemeenschapsrecht worden uitgelegd in het kader van de omstandigheden van het betrokken concrete geval, zou ik willen opmerken dat het in het onderhavige geval essentieel zou kunnen zijn de analyse niet te beperken tot een eerder „atypisch geval” als het onderhavige. Het is noodzakelijk eveneens te denken aan de gevallen waarin de problematiek zich gewoonlijk zal voordoen. De oplossing moet ook voor die gevallen gelden.

B – Inleidende overwegingen betreffende de aard en de functie van een gebruiksvergoeding

45. Teneinde het met de prejudiciële vraag aan de orde gestelde probleem af te bakenen, zal ik de aard en de functie van een gebruiksvergoeding kort toelichten. In welke gevallen kan een dergelijke vergoeding, aangenomen dat zij verenigbaar is met richtlijn 97/7, überhaupt verschuldigd zijn? In dat verband zal ik eerst een onderscheid maken tussen het „proberen” en het „gebruik”. Vervolgens zal ik wat dieper ingaan op de concrete inhoud van het begrip „gebruik”.

46. Om te beginnen zal ik preciseren waarin „gebruik” verschilt van „proberen”. Het proberen omvat het bekijken, het passen en het uittesten. Voor vele goederen, zoals kledij en technische apparatuur, omvat de koopbeslissing immers ook een beoordeling van de gebruikseigenschappen ervan. Een structurele bijzonderheid van de verkoop op afstand is dat daarbij geen demonstratieproduct of -model ter beschikking staat, maar het gekochte goed deze functie zelf vervult.(23) Zo is bijvoorbeeld bij het passen van kledij en schoenen niet alleen het uitzicht, maar ook het aantrekken en proefdragen belangrijk. Bij de koop op afstand van een auto zou de proefrit in de regel niet reeds als gebruik door de koper mogen worden aangemerkt, net zo min als dit het geval is bij een in de showroom afgesloten verkoop.(24) Het voorbeeld van de auto is bijzonder onthullend, aangezien bij een nieuwe wagen het voor een proefrit eventueel vereiste eerste kentekenbewijs in de regel reeds met een waardevermindering gepaard gaat, die volgens de literatuur ongeveer 20 % bedraagt, en tot gevolg heeft, dat het voertuig daarna als een tweedehands auto wordt beschouwd.(25)

47. De eventuele sporen op de goederen ingevolge het proberen en controleren mogen in beginsel(26) niet worden gelijkgesteld met sporen van het gebruik. Het zijn sporen die ook buiten het kader van de verkoop op afstand bij het proberen ter plaatse kunnen ontstaan en waarvoor in de regel geen vergoeding is verschuldigd, zolang als er geen sprake is van beschadiging. In elk concreet geval hangt het van de kenmerken of de aard van het betrokken goed af, of de waarde ervan door het proberen of het gebruik is veranderd, en of (en tegen welke prijs) het geretourneerde product eigenlijk nog wel opnieuw kan worden verkocht.(27) Het daarmee gepaard gaande risico van waardevermindering wordt bij een koop in een winkel in beginsel door de verkoper gedragen, die daarom vaak een demonstratietoestel of -product ter beschikking heeft. Een bijzonderheid van de structureel andere situatie van de verkoop op afstand is, dat dit risico zich niet vóór maar na de verkoop en de levering van het goed voordoet.

48. Het hoofddoel van het bij richtlijn 97/7 ingestelde herroepingsrecht bestaat erin, het de consument mogelijk te maken, de op afstand bestelde goederen kosteloos te testen.(28) In de in de onderhavige zaak aan de orde zijnde regeling komt dit duidelijk tot uitdrukking in § 357, lid 3, tweede zin, BGB.(29)

49. In de praktijk zou het in ieder geval vaak moeilijk kunnen blijken om het proberen van het gebruik te onderscheiden.(30) In vele gevallen zal er vermoedelijk helemaal geen sprake zijn van een duidelijk onderscheid, maar van een groot grijs gebied(31), hetgeen een beoordeling per geval vereist. De vraag zal rijzen, of richtlijn 97/7 in de bijzondere situatie van de verkoop op afstand het aan dit grijze gebied inherente risico aan de leverancier dan wel aan de consument oplegt. Zou een gebruiksvergoeding al in beginsel verenigbaar zijn met richtlijn 97/7, dan valt te verwachten, dat de partijen het er gewoonlijk niet over eens zullen zijn, of er al dan niet sprake was van gebruik.(32) Vermoedelijk zal het probleem onder meer draaien om de stelplicht en de bewijslast, waarbij de

bewijslast binnen voormeld grijs gebied bijzonder zwaar is, ongeacht wie deze dient te dragen.(33)

50. De aan de prejudiciële vraag ten grondslag liggende omstandigheden onderscheiden zich evenwel duidelijk van deze typische problematiek. De prejudiciële vraag lijkt inzonderheid gevallen te betreffen waarin de consument niet alleen thuis alsnog heeft gedaan wat voorheen onmogelijk was vanwege de koop op afstand zonder bezoek aan een winkel, namelijk het goed bekijken, het passen of het uitproberen – maar waarin klaarblijkelijk een gebruik in de zin van een „in gebruik nemen” heeft plaatsgevonden. Uit de beschrijving van de feiten kan worden afgeleid, dat de verwijzende rechter kennelijk van oordeel is, dat de consumente het notebook niet alleen heeft uitgetest, maar ook in gebruik heeft genomen en benut. De verwijzende rechter merkt bijvoorbeeld uitdrukkelijk op dat dient te worden aangenomen, dat verzoekster de laptop (slechts) overeenkomstig de bestemming ervan heeft gebruikt. Slechts op één plaats in de verwijzingsbeslissing gaat de woordkeuze van de verwijzende rechter een andere richting uit, namelijk waar wordt verwezen naar de „duur van de gebruiksmogelijkheid”, hetgeen mijns inziens niet met daadwerkelijk gebruik kan worden gelijkgesteld.

51. Volgens mij is er in de omstandigheden van het hoofdgeding geen sprake van een typische situatie van een geschil betreffende een gebruiksvergoeding in het kader van richtlijn 97/7. Integendeel, de omstandigheden van het hoofdgeding lijken mij veeleer atypisch en vooral toe te schrijven aan de wijze waarop deze richtlijn in nationaal recht is uitgevoerd. Het nationale recht gaat voor bepaalde situaties verder dan de minimumeisen van de richtlijn en voorziet in een zeer lang durend of onbeperkt herroepingsrecht. Het is evident, dat er bij een langere termijn sprake is van een aanzienlijk gebruikspotentieel.(34)

52. De afbakening tussen „proberen” en het „gebruik” volstaat als zodanig evenwel niet. Ook het begrip „gebruik” moet worden onderzocht. Gaat het daarbij om het daadwerkelijke gebruik (in uren of dagen gerekend) dan wel om de gebruiksmogelijkheid (de tijdsperiode tussen de ontvangst en de teruggave van het goed)? Kan bijgevolg het loutere bezit van het goed tijdens de herroepingstermijn een te vergoeden gebruik uitmaken(35) (wat feitelijk zou neerkomen op een a posteriori te betalen huurprijs)? Moet voorts om het even welk feitelijk gebruik worden vergoed (wat eveneens eigenlijk zou neerkomen op een a posteriori te betalen huurprijs) dan wel slechts het gebruik dat sporen van slijtage heeft nagelaten? De „vergoeding voor het gebruik” kan mijn inziens – grof gesteld – worden opgevat als een wijze om twee fundamenteel verschillende maar toch nauw met elkaar verband houdende vermogensposten te compenseren. Enerzijds kan er sprake zijn van de compensatie van het voordeel dat de consument door het gebruik heeft verkregen (gebruiksvergoeding). Anderzijds kan de vergoeding er evenwel ook toe strekken de schade te vergoeden die door het gebruik is ontstaan (slijtagevergoeding).

53. Aangezien het gaat om een „vergoeding voor het gebruik”, moet bovendien worden onderzocht, hoe deze

beide begrippen zich onderling verhouden. Een regeling zoals de Duitse regeling lijkt ervan uit te gaan dat elk gebruik of elke gebruiksmogelijkheid een waardevermindering tot gevolg heeft. Uit de stukken blijkt bovendien dat volgens de nationale rechtspraak de te betalen vergoeding niet wordt berekend op basis van het concrete gebruik (bijvoorbeeld op basis van het aantal dagen of uren), maar aan de hand van de mogelijke gebruiksduur van de zaak in verhouding tot de duur van het gebruik⁽³⁶⁾ (waarmee klaarblijkelijk de duur van de gebruiksmogelijkheid wordt bedoeld). Er wordt dus een forfaitaire berekening uitgevoerd op basis van factoren die verband houden met tijd/waarde ratio's.

54. Ik geef in overweging dat er vanuit schematisch oogpunt aanzienlijke begripsmoeilijkheden zouden kunnen ontstaan wanneer bij de behandeling van de „vergoeding” geen onderscheid zou worden gemaakt tussen de concepten „gebruiksvergoeding” en „slijtagevergoeding”.

55. De verwijzende rechter lijkt uit te gaan van voornoemd⁽³⁷⁾ concept van gebruiksvergoeding, waar hij de betrokken voordelen overeenkomstig § 100 BGB omschrijft als de vruchten van een zaak alsook de baten die door het gebruik van een zaak worden verkregen.⁽³⁸⁾ Met zijn vraag wenst de verwijzende rechter dus te vernemen, of verzoekster voor het maandenlange gebruik van de computer een soort „huurprijs” dient te betalen, die voortvloeit uit het feit dat zij het goed ter beschikking had en kon gebruiken, terwijl de leverancier er in de zelfde tijdspanne niet over kon beschikken.

56. Zou een nationale regeling inzake de vergoeding voor het gebruik van het geleverde goed verenigbaar zijn met richtlijn 97/7, dan zouden vroeg of laat vragen als de hier opgeworpen vragen vanuit gemeenschapsrechtelijk oogpunt moeten worden beantwoord.

57. Ten slotte zij er nog op gewezen dat, geheel los van een nog steeds onduidelijke gemeenschapsrechtelijke afbakening van de concrete inhoud van het begrip gebruiksvergoeding, er bij de analyse ook rekening moet worden gehouden met het probleem van de schadevergoeding. Schadevergoeding kan immers steeds aan de orde komen wanneer door het gebruik, naast een eventuele (tijd) waardeminderung, ook schade is ontstaan. Ofschoon schadevergoeding in het onderhavige geval niet aan de orde is, dient hierna om redenen van systematiek toch kort te worden onderzocht, hoe moet worden omgegaan met die problematiek.⁽³⁹⁾

C – De uit de prejudiciële vraag voortvloeiende stappen van de analyse

58. De prejudiciële vraag betreft artikel 6, leden 1 en 2, van richtlijn 97/7.⁽⁴⁰⁾ Volgens artikel 6, lid 1, eerste alinea, eerste zin, van richtlijn 97/7 mag bij de tijdige herroeping van een overeenkomst op afstand geen boete worden opgelegd. Artikel 6, lid 1, eerste alinea, tweede zin, van richtlijn 97/7 bepaalt dat aan de consument, voor de uitoefening van zijn herroepingsrecht, ten hoogste de rechtstreekse kosten voor het terugzenden van de goederen kunnen worden aangerekend. Volgens artikel 6, lid 2, van richtlijn 97/7 is de leverancier⁽⁴¹⁾ bij uitoefening van het herroepingsrecht verplicht de door de consument betaalde bedragen kos-

teloos terug te betalen. Vervolgens bepaalt ook die bepaling dat aan de consument, voor de uitoefening van zijn herroepingsrecht, ten hoogste de rechtstreekse kosten voor het terugzenden van de goederen kunnen worden aangerekend. Voor het overige verwijst artikel 6 van richtlijn 97/7 niet specifiek naar een eventuele gebruiksvergoeding.⁽⁴²⁾

59. Teneinde de prejudiciële vraag te beantwoorden moet enerzijds worden vastgesteld, of een vergoeding voor het gebruik van het geleverde consumptiegoed onder de in artikel 6 van de richtlijn vermelde begrippen „betaling van een boete” of „kosten” valt, zodat zij reeds met richtlijn 97/7 onverenigbaar is op de enkele grond dat er daarbij geen sprake is van rechtstreekse kosten voor de terugzending van het goed. Geen van beide begrippen verwijst voor de inhoud of draagwijdte ervan naar het recht van de lidstaten.

60. Volgens vaste rechtspraak vereisen de eenvoudige toepassing van het gemeenschapsrecht alsook het gelijkheidsbeginsel dat de bewoordingen van een bepaling van gemeenschapsrecht die voor de betekenis en de draagwijdte ervan niet uitdrukkelijk naar het recht van de lidstaten verwijst, normaliter in de gehele Gemeenschap autonoom en uniform worden uitgelegd, rekening houdend met de context van de bepaling en het doel van de betrokken regeling.⁽⁴³⁾

61. De in casu uit te leggen begrippen zijn dus gemeenschapsrechtelijke begrippen en moeten autonoom worden uitgelegd.

62. Zou een dergelijke vergoeding niet onder het begrip „betaling van een boete” vallen en evenmin onder het begrip „kosten”, dan zou moeten worden onderzocht, of de lidstaten op grond van de laatste zin van punt 14 van de considerans van richtlijn 97/7 het recht hebben om op eigen gezag een vergoedingsregeling als die van het hoofdgeding vast te stellen.

D – Valt de vergoeding onder het begrip „betaling van een boete”, zodat zij onverenigbaar is met richtlijn 97/7?

63. Het begrip „betaling van een boete”, dat autonoom moet worden uitgelegd⁽⁴⁴⁾, wordt niet gedefinieerd in richtlijn 97/7. Onder de betaling van een boete in strikte zin moet mijns inziens een betaling worden verstaan waarmee uitsluitend wordt beoogd te bestraffen. Daartoe behoren ook geldboetes en contractuele boetes.⁽⁴⁵⁾ Uit niets valt af te leiden dat een vergoeding moet worden beschouwd als de betaling van een boete in strikte zin. Het begrip houdt verband met een vergoeding voor het gebruik, zodat het een eigen, van een straf onderscheiden, doel heeft.

64. Bij een wat ruimere opvatting van het begrip „betaling van een boete”, die ik in casu bepleit, zouden daaronder ook kostenvergoedingen kunnen vallen, in het bijzonder kostenvergoedingen bij herroeping. Ook een contractueel vastgestelde (schade)vergoeding, die geen verband houdt met een concrete schade of een concreet gebruik, maar in abstracto wordt vastgesteld, zou daaronder kunnen vallen.⁽⁴⁶⁾ Hoewel een dergelijke vergoeding refereert aan een ander doel dan bestraffing, wordt dat andere doel bij de berekening immers niet concreet in aanmerking genomen, zodat er eerder van een straf sprake zou kunnen zijn. Een ver-

goeding die is gerelateerd aan het daadwerkelijke gebruik en op die basis wordt berekend, kan mijns inziens evenwel niet vallen onder het begrip „betaling van een boete”.

65. Een vergoeding als de in het hoofdgeding geëiste vergoeding zou slechts onder het begrip „betaling van een boete” kunnen vallen, wanneer dit begrip bijzonder ruim zou worden uitgelegd en zou worden geacht een overkoepelend begrip te zijn voor alle feitelijk te betalen kosten (waarbij hierna(47) nog moet worden vastgesteld, of de vergoeding wel onder het begrip kosten kan vallen), waarvan de betaling door de consument als een straf zou kunnen worden ervaren, en er hem dus van zouden kunnen weerhouden om zijn recht uit te oefenen. Bij een zo ruime uitlegging zou het begrip kosten nagenoeg volledig opgaan in het begrip betaling van een boete. De bewoordingen van de richtlijn bevatten evenwel geen aanwijzingen in die zin.

66. Mijns inziens kan de vergoeding dus niet als de betaling van een boete worden beschouwd.

E – Valt de vergoeding onder het begrip kosten, zodat zij onverenigbaar is met richtlijn 97/7?

67. Vastgesteld moet worden, of de vergoeding onder het zowel in artikel 6, lid 1, eerste alinea, tweede zin, als in artikel 6, lid 2, van richtlijn 97/7 vermelde begrip kosten valt, dat autonoom moet worden uitgelegd.(48)

1. Het begrip kosten in richtlijn 97/7 – Uitlegging op basis van de bewoordingen en de systematiek van de zinnen

68. De richtlijn bevat geen enkele uitdrukkelijke definitie van het begrip kosten.(49) Evenmin blijkt er in het gemeenschapsrecht een algemene of althans transposeerbare definitie van dit begrip te bestaan.(50) Uit artikel 6, lid 1, eerste alinea, tweede zin, en artikel 6, lid 2, van richtlijn 97/7 volgt evenwel duidelijk dat het begrip kosten verband houdt met kosten die „aan de consument [...], voor de uitoefening van zijn herroepingsrecht, [...] worden aangerekend”. Volgens de richtlijn kunnen dergelijke kosten slechts aan de herroepende consument worden opgelegd voor zover het gaat om „de rechtstreekse kosten voor het terugzenden van de goederen”.(51) Uit deze formulering en de zinsnede dat „aan de consument [...] ten hoogste de [...] kosten [...] [kunnen] worden aangerekend”, blijken dat de richtlijn ervan uitgaat dat er niet alleen „rechtstreekse kosten voor het terugzenden van de goederen” bestaan, maar ook andere kosten, die echter niet aan de consument kunnen worden aangerekend.

69. De tekst van de richtlijn beperkt deze andere kosten niet tot de contractuele kosten, dit zijn de kosten die zijn opgekomen naar aanleiding van de sluiting van de overeenkomst, maar breidt deze uit tot kosten die „aan de consument [...], voor de uitoefening van zijn herroepingsrecht, [...] worden aangerekend”. Uit de omstandigheid dat de richtlijn in artikel 6, leden 1 en 2, naar de „rechtstreekse kosten voor het terugzenden van de goederen” verwijst, vloeit voort, dat er daarnaast ook „indirecte kosten” kunnen bestaan, wat eveneens pleit voor een ruime uitlegging van het begrip kosten in de zin van richtlijn 97/7. Deze uitlegging vindt steun in het feit dat het volgens artikel 6, leden 1 en 2, gaat om

kosten „voor” de uitoefening van het herroepingsrecht. Niets in de bewoordingen van de richtlijn staat eraan in de weg, dat ook de vergoeding voor het gebruik van het geleverde goed onder het begrip kosten in de zin van richtlijn 97/7 kan vallen.(52)

70. Bij wijze van voorlopige conclusie moet worden vastgesteld dat de uitlegging van artikel 6, leden 1, eerste alinea, tweede zin, en 2, van richtlijn 97/7 op basis van de bewoordingen en de systematiek van de zinnen geen duidelijk antwoord geeft op de vraag, of de vergoeding onder het begrip kosten in de zin van deze richtlijn valt. Evenwel kan reeds worden vastgesteld, dat aan de systematiek ontleende argumenten erop wijzen, dat het begrip kosten in de zin van deze richtlijn ruim moet worden uitgelegd.

2. Het begrip kosten in richtlijn 97/7 – Teleologische en systematische benadering

71. Een ruime uitlegging van het begrip kosten, waarbij ook de in casu aan de orde zijnde gebruiksvergoeding onder dit begrip valt, vindt mijns inziens steun in een teleologische benadering. Zoals ik hierna zal aantonen, blijkt uit het doel van richtlijn 97/7, dat zij in haar huidige versie(53) niet voorziet in een dergelijke vergoeding.

72. De strekking en het doel van de voorschriften van artikel 6 van richtlijn 97/7 betreffende het herroepingsrecht van de consument bij verkoop op afstand(54) wijzen erop, dat het kostenbegrip een ruime betekenis toekomt, die de vergoeding voor het gebruik omvat. Inzonderheid punt 14 van de considerans van richtlijn 97/7 geeft hierover uitsluitsel. Daarin wordt benadrukt, dat de vraag, of het herroepingsrecht een effectief consumentenrecht is, inzonderheid afhangt van de financiële gevolgen verbonden aan de uitoefening ervan. Concreet heet het in punt 14 van de considerans van richtlijn 97/7 „dat het [opdat er geen sprake zou zijn van een louter formeel herroepingsrecht,] noodzakelijk is de eventuele kosten die de consument bij de uitoefening van het herroepingsrecht moet dragen, te beperken tot de rechtstreekse kosten voor het terugzenden van de goederen”.

73. In de globale context van de zin moet het hier gebezigde begrip kosten niet als een strikt maar als een ruim uit te leggen begrip worden opgevat. Het zou immers onlogisch zijn, vast te stellen dat er een verband bestaat tussen financiële lasten en de effectiviteit van het herroepingsrecht, maar daarna slechts één strikt begrensde categorie van financiële lasten te regelen.

74. Een gebruiksvergoeding als die waarin het Duitse recht voorziet, is een financiële last die afbreuk kan doen aan de goede werking en de effectiviteit van het herroepingsrecht.(55) Blijkens de stukken heeft de berekening van die vergoeding inzonderheid tot doel, een met de herroepingstermijn overeenkomende periode van (mogelijk) gebruik te vergoeden.(56) De vergoedingsverplichting zou uiteindelijk dus de prijs zijn waartegen de overeenkomst kan worden herroepen.(57) Bijgevolg wordt de vergoeding in strijd met artikel 6, lid 1, van richtlijn 97/7 voor de uitoefening van het herroepingsrecht aangerekend.

75. Zoals ik reeds in een andere zaak heb benadrukt(58), dient telkens te worden nagegaan welke de

concrete gevolgen zijn van het verzoek om betaling van een gebruiksvergoeding.(59)

76. Mijns inziens zijn er goede redenen om aan te nemen dat het door de gemeenschapswetgever met richtlijn 97/7 nagestreefde doel in gevaar zou worden gebracht of zelfs zou worden ondermijnd, wanneer de consument bij herroeping aan de leverancier een vergoeding voor het gebruik van het goed zou moeten betalen.

77. Met name het structurele risico van een mogelijk geschil of geding over de vraag, of de consument slechts had onderzocht of het goed aan zijn bedoelingen beantwoordde dan wel door het gebruik ervan ook voordelen had verkregen (en in voorkomend geval welke)(60), zou de consument ervan kunnen weerhouden, zijn rechten uit te oefenen. Enerzijds zou dit risico hem in de praktijk kunnen doen besluiten om reeds uit voorzorg de goederen niet daadwerkelijk te controleren, bijvoorbeeld door het scheuren van een beschermende plasticfolie, alvorens ze te retourneren. Een intacte beschermingsfolie toont immers duidelijk aan dat het goed niet is gebruikt, maar verhindert ook de inspectie en het testen ervan. Anderzijds zou hij kunnen beslissen om de overeenkomst niet te herroepen wanneer hij vaststelt dat het goed niet aan zijn verwachtingen of zijn behoeften beantwoordt. In deze omstandigheden zou het recht van de consument om het goed na de sluiting van de overeenkomst te controleren verworden tot een louter formeel recht, wat indruist tegen punt 14 van de considerans van richtlijn 97/7. Dit zou in strijd zijn met de strekking en het doel van richtlijn 97/7.

78. Ten slotte moet worden opgemerkt, dat de in de schriftelijke opmerkingen alsook ter terechtzitting aangehaalde verplichting tot wederzijdse teruggave(61) dan wel in theorie evenwichtig kan klinken, maar in de praktijk voor de consument relatief waardeloos zou kunnen zijn, behoudens in het geval van een zeer hoge koopprijs, die tijdens de herroepingstermijn een noemenswaardig bedrag aan rente zou kunnen opleveren.

79. Gelet op het voorgaande ben ik van oordeel dat, in het kader van richtlijn 97/7, een gebruiksvergoeding kan worden gesubsumeerd onder een ruim opgevat kostenbegrip. Wanneer de vergoeding aldus onder het zowel in artikel 6, lid 1, eerste alinea, tweede zin, als in artikel 6, lid 2, van richtlijn 97/7 vermelde begrip kosten valt, dan kan zij de consument niet worden aangerekend, aangezien zij niet tot de rechtstreekse kosten voor het terugzenden van de goederen behoort.

3. De tot dusver gegeven uitlegging vindt steun in een grondiger analyse van het aan richtlijn 97/7 ten grondslag liggende concept van risicoverdeling

80. De verdeling van de risico's bij herroeping van de sluiting van een overeenkomst valt dus in het voordeel van de consument uit, voor wie naar aanleiding van de herroeping geen procedurele onzekerheden(62) en financiële lasten mogen ontstaan.

81. Een dergelijke opvatting van de in richtlijn 97/7 vastgestelde risicoverdeling tussen leverancier en consument strookt met haar doel, de verkoop op afstand te bevorderen(63) met inachtneming van het doel van een hoog niveau van consumentenbescherming, dat in een

aantal punten van de considerans van deze richtlijn is uitgedrukt. In dat verband zij met name verwezen naar de punten van de considerans betreffende de doelstellingen van de interne markt(64), de nieuwe informatietechnologieën(65) en de consumentenbescherming(66). De richtlijn zet de consumenten aan om deel te nemen aan het distributiekanaal zijnde de verkoop op afstand, doordat zij de specifieke problemen op deze markt in hun voordeel reduceert.(67)

82. Wanneer het begrip kosten in de zonet voorgestelde zin wordt uitgelegd, en de leverancier dus voor het gebruik van het consumptiegoed in de periode vóór de herroeping geen vergoeding kan verlangen, wordt er geraakt aan de belangen van de leverancier. Dit geldt inzonderheid in gevallen waarin het goed – zelfs indien het binnen de kortst mogelijke termijn van zeven werkdagen(68) wordt teruggezonden – voor de leverancier zijn waarde verliest. Om die reden heeft de gemeenschapswetgever in artikel 6, lid 3, van richtlijn 97/7 voor bepaalde gevallen het herroepingsrecht volledig uitgesloten, bijvoorbeeld bij op speciale wens van de klant op maat gemaakte producten of bij bederfelijke producten.(69) Bij dit soort goederen zouden de belangen van de leverancier sterk worden geschaad wanneer de consument het recht zou hebben te herroepen zonder betaling van een vergoeding, dus wanneer het begrip kosten in de zonet voorgestelde zin zou moeten worden uitgelegd. Als gevolg daarvan zou de leverancier kunnen besluiten om helemaal niet op afstand te verkopen. Dit zou evenwel niet stroken met de bedoeling van de wetgever, die, met name ook in het belang van de consumenten(70), de verkoop op afstand wenst te bevorderen.

83. Ter dekking van het risico, dat hij in een concreet geval daadwerkelijk zou worden geconfronteerd met een herroeping nadat en niettegenstaande het feit dat het goed is gebruikt, en daarvoor geen vergoeding zou kunnen eisen, kan de leverancier nog steeds kiezen voor een prijspolitiek op basis van een gemengde berekening (Mischkalkulation), waarin wordt uitgegaan van een bepaald percentage terugzendingen.(71)

84. Teneinde de belangen van de leverancier veilig te stellen, die uiteraard een waardevermindering wenst te voorkomen, voorziet richtlijn 97/7 bovendien in een beschermingsmechanisme in de vorm van een chronologie met tijdslimieten. Artikel 6, lid 1, eerste alinea, eerste zin, van richtlijn 97/7 stelt de duur van de herroepingstermijn namelijk vast op „ten minste 7 werkdagen”. Na het verstrijken van deze relatief korte herroepingstermijn, die ook bij de implementatie ervan in de lidstaten doorgaans kort blijkt te zijn gebleven (courant zijn zeven werkdagen of 14 kalenderdagen(72)), draagt de leverancier in beginsel geen risico meer. De richtlijn voorziet dus in een zeer overzienbare tijdsperiode waarin de leverancier het risico draagt van de eventuele financiële gevolgen van een herroeping.

85. Als excursus zij ten slotte opgemerkt, dat zowel een recent voorstel van richtlijn(73) van de Commissie alsook het voorstel in het door een deskundigengroep opgestelde document „Draft Common Frame of Reference” (hierna: „DCFR”)(74) voor een eenvormig Europees privaatrecht(75), een ten dele afwijkende re-

geling voorstellen. Het voorstel van de Commissie leest: „De consument is alleen aansprakelijk voor de waardevermindering van de goederen die het gevolg is van hanteren of gebruik dat verder ging dan nodig was om de aard en het functioneren van de goederen te controleren.”(76) Daarmee wordt inhoudelijk iets anders bedoeld dan de pro rata temporis berekende vergoeding voor de waardevermindering waarin het Duitse recht thans voorziet.(77) In het hoofdstuk betreffende de overeenkomsten regelt het DCFR ook het herroepingsrecht (artikel II.-5:101–II.-5:202). Op grond van artikel II.-5:201, lid 1, juncto lid 3, heeft de consument het recht de overeenkomst op afstand te herroepen binnen een in de hele Gemeenschap uniforme basisherroepingsstermijn van 14 dagen.(78) Artikel II.-5:105, lid 3, DCFR regelt de kwestie van de gebruiksvergoeding. Een vergoeding voor het testen en controleren is krachtens artikel II.-5:105, lid 3, DCFR uitdrukkelijk uitgesloten, maar artikel II.-5:105, lid 4, DCFR bepaalt uitdrukkelijk dat de consument het normale gebruik dient te vergoeden(79), waarbij de stel- en bewijslast bij de verkopende onderneming lijkt te liggen.(80) Ook de zogenoemde Acquis Principles (Principles of the Existing EC Contract Law)(81) bevatten vergelijkbare bepalingen.(82) Bij deze studies en regelgevingsvoorstellen moet worden aangetekend dat daarin, wat de gebruiksvergoeding betreft, wordt uitgegaan van een ander concept dan dat van richtlijn 97/7, op grond waarvan geen kosten kunnen worden aangerekend. Nog afgezien van het feit dat zij mijns inziens in de praktijk complexe afbakeningsproblemen tussen controleren/proberen en gebruik meebrengen, welke nadelig zijn voor de rechtszekerheid en uiteindelijk ertoe kunnen leiden dat de koop op afstand voor de consument minder aantrekkelijk wordt, zijn deze studies en regelgevingsvoorstellen evenwel niet zeer nuttig voor de uitlegging van de geldende richtlijn, aangezien het louter voorstellen zijn.

4. Niet-nakoming van de informatieplicht en gevolgen daarvan

86. Slechts wanneer de leverancier niet voldoet aan zijn verplichtingen uit hoofde van artikel 5 van richtlijn 97/7, blijft zijn risico langer bestaan. Daarin komt de overtuiging van de gemeenschapswetgever tot uitdrukking, dat het belang van de leverancier in dergelijke gevallen moet wijken voor dat van de consument, die meer bescherming verdient. Zelfs deze uitbreiding van het risico in de tijd, die de leverancier in zijn eigen belang kan voorkomen door eenvoudigweg te voldoen aan de verplichtingen van artikel 5 van richtlijn 97/7, is echter in de richtlijn beperkt. Artikel 6, lid 1, derde alinea, van richtlijn 97/7 voorziet in dat verband in een termijn van drie maanden.(83)

87. Met de termijn van drie maanden voorziet richtlijn 97/7 uitdrukkelijk in een termijn waarna, zelfs bij gebreke van informatie over het recht van opzegging, dit recht niet meer kan worden uitgeoefend.(84) Deze termijn van drie maanden(85) is voorts niet als een minimumtermijn maar als een nauwkeurig bepaalde termijn geformuleerd. Hierbij zij opgemerkt, dat richtlijn 97/7 inderdaad een bepaling betreffende minimumclausules bevat, namelijk in artikel 14, op

grond waarvan de lidstaten op het onder richtlijn 97/7 vallende gebied strengere bepalingen kunnen aannemen of handhaven voor zover deze verenigbaar zijn met het EG-Verdrag. Voorwaarde daarbij is evenwel, dat het beschermingsniveau van de consument wordt verhoogd.(86) Het feit dat op nationaal vlak met betrekking tot de termijn van drie maanden een van de richtlijn afwijkende regeling is vastgesteld, is niet van invloed op de uitlegging van de richtlijn. Bijgevolg is dit ook het geval voor een regeling als de in casu aan de orde zijnde Duitse regeling, die, voor zover uit de stukken blijkt, niet voorziet in enige begrenzing in de tijd van het herroepingsrecht wanneer de consument niet naar behoren is geïnformeerd.

5. Levert de mogelijkheid dat er zich individuele gevallen van misbruik voordoen grond op voor een regeling die nadelig is voor alle consumenten?

88. Het argument van de Commissie(87), dat in sommige gevallen de grens van ongerechtvaardigde verrijking zou kunnen worden overschreden, bijvoorbeeld wanneer een goed op afstand wordt gekocht voor één specifieke gelegenheid en nadien onder herroeping van de overeenkomst wordt teruggezonden(88), kan geen grond opleveren om een voor alle consumenten nadelige algemene kostenregeling vast te stellen.

89. Zoals reeds uiteengezet laat de richtlijn de lidstaten geen bijkomende marge om regelingen vast te stellen waarbij de consument kosten ten laste worden gelegd die geen verband houden met de in de richtlijn uitdrukkelijk vermelde terugzending van de goederen. De regels van richtlijn 97/7 moeten op dit punt geacht worden uitputtend te zijn.

90. Bovendien zij erop gewezen dat de vrees dat er zich individuele gevallen van misbruik zullen voordoen, er niet in het algemeen mag toe leiden, de bescherming van de door de communautaire rechtsorde gewaarborgde rechten jegens eenieder in te perken. Uit de rechtspraak van het Hof(89) volgt immers dat de toepassing van een nationale regel ter voorkoming van misbruiken geen afbreuk mag doen aan de volle werking en de eenvormige toepassing van de gemeenschapsbepalingen in de lidstaten. In het bijzonder mogen de door een bepaalde gemeenschapsrechtelijke regeling, bijvoorbeeld een bepaalde richtlijn, nagestreefde doelstellingen niet in gevaar worden gebracht.(90)

91. In dat verband dient te worden erkend, dat er moet kunnen worden opgetreden in echte gevallen van misbruik (en in gevallen waarin er schade is ontstaan(91)), zoals reeds dwingend uit het gelijkwaardigheidsbeginsel voortvloeit. Tegen dergelijke gevallen kan de leverancier desondanks per specifiek geval optreden, evenwel zonder zich daarbij te kunnen beroepen op een regeling die nadelig is voor alle consumenten. Werkelijke gevallen van misbruik vallen mijns inziens niet onder het kostenbegrip van richtlijn 97/7, zodat daarvoor een oplossing kan worden gevonden in algemene civielrechtelijke regelingen, inzonderheid de relevante nationale bepalingen inzake ongerechtvaardigde verrijking. Evenzo kan voor gevallen waarin een werkelijke schade is ontstaan, een

oplossing worden gevonden in het relevante nationale recht.

92. Het is evenwel onduidelijk, wat het voorgaande betekent voor de gevallen waarin de leverancier de consument niet of niet naar behoren heeft geïnformeerd over zijn herroepingsrecht. In dergelijke gevallen valt te verwachten dat de overeenkomst vaak pas zal worden herroepen nadat het goed een zekere tijd is gebruikt, namelijk eerst dan, wanneer de informatie over het herroepingsrecht is meegedeeld. Bij gebreke van informatie kon de consument zijn gedrag niet aanpassen aan een situatie van testen in plaats van gebruiken. De vraag rijst, of de consument in deze situatie als het ware moet „betalen” voor de te zijner bescherming ingevoerde verlenging van het herroepingsrecht, doordat hij in de regel een vergoeding is verschuldigd voor het gebruik van het geleverde consumptiegoed.

93. Dienaangaande moet worden opgemerkt dat in gevallen zoals het onderhavige, waarin is vastgesteld dat de leverancier niet heeft voldaan aan zijn informatieplicht(92), mogelijk zelfs geen beroep kan worden gedaan op de bepalingen inzake ongerechtvaardigde verrijking. In overeenstemming met voormelde overtuiging van de gemeenschapswetgever(93), die het risico van de leverancier heeft begrensd in de tijd, ben ik immers van oordeel dat ook in dergelijke gevallen aan de consument geen financiële last mag worden opgelegd. Het ware immers onverenigbaar met het doel van consumentenbescherming van de richtlijn, dat de consument bij schending door de leverancier van diens verplichtingen, uiteindelijk een gebruiksvergoeding zou moeten betalen voor de langere bescherming. Dit zou neerkomen op een soort dwang om de overeenkomst niet te herroepen.(94) Een dergelijke dwang zou in strijd zijn met de door richtlijn 97/7 nastreefde doelen van consumentenbescherming en van bevordering van de verkoop op afstand. Daarbij moet worden aanvaard, dat bijvoorbeeld gevallen van bovenmatig(95) gebruik verschillend moeten worden beoordeeld naargelang de leverancier al dan niet naar behoren heeft voldaan aan zijn informatieplicht.

94. Als excursus moet worden opgemerkt dat het reeds vermelde DCFR(96) de schending door de leverancier van zijn informatieplicht op vergelijkbare wijze benadert. Zoals reeds uiteengezet, wordt een vergoeding voor het controleren en testen weliswaar uitdrukkelijk uitgesloten, maar de consument dient het normale gebruik te vergoeden.(97) Interessant is dat dit slechts geldt bij herroeping binnen de normale herroepingstermijn, die normaliter 14 dagen bedraagt. In gevallen waarin de consument niet of niet naar behoren is geïnformeerd over zijn herroepingsrecht, wordt de betaling van een vergoeding daarentegen uitdrukkelijk uitgesloten door artikel II.-5:105, lid 4. De daarin tot uitdrukking komende beoordeling toont aan dat de consument bij schending van de informatieplicht bijzondere bescherming verdient teneinde het ontbreken van informatie te compenseren.

95. Hieraan zij nog toegevoegd dat het Hof reeds heeft geoordeeld dat een consument die niet van zijn recht van opzegging op de hoogte is, dit recht onmogelijk

kan uitoefenen.(98) Dit is ook het geval wanneer het herroepingsrecht hem principieel bekend is, maar de leverancier niet volledig heeft voldaan aan zijn informatieplicht. Onvolledige of misleidende informatie kan al snel tot gevolg hebben dat de consument zijn recht niet uitoefent omdat hij het onjuist inschat.

96. De mogelijkheid om te herroepen zonder betaling van een gebruiksvergoeding zou voorts kunnen worden beperkt wanneer beschadigde goederen worden teruggegeven. In een dergelijk geval zouden de algemene schadevergoedingsregels van de betrokken lidstaat toepassing kunnen vinden. Daarnaast is het mijns inziens niet in strijd met de richtlijn, wanneer er aan de consument algemene aanwijzingen worden gegeven om een zekere zorgvuldigheidsplicht na te leven.

6. Onderscheid met de rechtspraak in de arresten Schulte en Crailsheimer Volksbank

97. Ten slotte moet worden opgemerkt dat de arresten Schulte en Crailsheimer Volksbank(99) niet in de weg staan aan de in casu verdedigde uitlegging van de gevolgen van een herroeping van een verkoop op afstand in de context van richtlijn 97/7. In die arresten heeft het Hof met betrekking tot de opzegging van een binnen de werkingssfeer van richtlijn 85/577 vallende overeenkomst betreffende een hypothecair krediet voor recht verklaard, dat niet alleen de verplichting om de ontvangen bedragen terug te betalen, maar ook de verplichting tot betaling van een op de markt gangbare rente, verenigbaar waren met de richtlijn(100), wat als een soort vergoeding in ruime zin kan worden beschouwd. In die zaken ging het om het bijzondere geval van een kredietovereenkomst en waren er andere regelgevingskaders(101) en andere richtlijnen(102) met andere detailbepalingen aan de orde(103). Met name moet worden opgemerkt, dat de twee richtlijnen de rechtsgevolgen van de herroeping verschillend regelen. Artikel 6, leden 1 en 2, van richtlijn 97/7 regelt de rechtsgevolgen van de herroeping op gedetailleerde wijze. Zoals gezegd mogen er in dat verband geen geldboeten worden opgelegd en kan de consument slechts onder zeer strikte voorwaarden kosten worden aangerekend. Richtlijn 85/577 bevat geen dergelijke voorschriften. Artikel 5, lid 2, van deze richtlijn, die de gevolgen van de uitoefening van het recht van opzegging regelt(104), bepaalt slechts zeer algemeen „dat de consument van alle verplichtingen uit de opgezegde overeenkomst is ontslagen”. Bijgevolg moet worden vastgesteld, dat de richtlijnvoorschriften die in de zaken Schulte en Crailsheimer Volksbank dienden te worden uitgelegd, niet voorzagen in een vergelijkbare regeling als de aan de orde zijnde regeling tot verdeling van het risico inzake de kosten.

98. Bijgevolg moet richtlijn 97/7 aldus worden uitgelegd, dat wat haar toepassingsgebied betreft, geen herstel in de oorspronkelijke toestand als bedoeld in de arresten Schulte en Crailsheimer Volksbank is vereist.

7. Conclusie

99. Alles bijeen kom ik derhalve tot de conclusie dat een nationale regeling die in het algemeen bepaalt dat de verkoper bij tijdige herroeping door de consument vergoeding voor het gebruik van het geleverde consumptiegoed kan eisen, niet verenigbaar is met artikel

6, leden 1 en 2, juncto punt 14 van de considerans van richtlijn 97/7.

F – Bij wijze van voorzorg, voor het geval het Hof zou oordelen dat de vergoeding niet onder de begrippen „betaling van een boete” of „kosten” van richtlijn 97/7 valt: zijn de lidstaten bevoegd om een vergoedingsregeling vast te stellen?

100. Louter voor het geval dat het Hof het oneens zou zijn met de conclusie in het vorige punt en van oordeel zou zijn dat de in casu aan de orde zijnde gebruiksvergoeding niet onder het kostenbegrip van richtlijn 97/7 valt, wens ik hierna uit voorzorg nog een aantal opmerkingen te maken.

101. In de laatste zin van punt 14 van de considerans van richtlijn 97/7 heet het dat „de lidstaten de bevoegdheid hebben de overige voorwaarden en regels voortvloeiend uit het herroepingsrecht te bepalen”. Kan hieruit worden afgeleid dat de lidstaten bevoegd blijven voor de vaststelling van een nationale regeling inzake de gebruiksvergoeding, zoals de onderhavige regeling?

102. Zoals reeds is opgemerkt(105), beroept de Duitse regering zich op de laatste zin van punt 14 van de considerans en betoogt zij dat richtlijn 97/7 niet in de weg staat aan de kwestieuze Duitse regeling. Ook de Oostenrijkse regering voert soortgelijke argumenten aan en verdedigt daarmee een vergelijkbare Oostenrijkse regeling.(106) Beide regeringen zijn van mening dat de betaling van een (gebruiks)vergoeding niet verboden is op grond van richtlijn 97/7, maar binnen de beoordelingsvrijheid van de lidstaten valt.

103. Voorts gaat ook het standpunt van de Commissie, zoals reeds is opgemerkt(107), in deze richting. De Commissie is van mening dat de betrokken nationale regeling niet onder het begrip kosten valt. Er is volgens haar sprake van een vergoeding die de consument dient te betalen omdat hij de op afstand gekochte goederen gedurende een bepaalde tijd heeft gebruikt. Zoals reeds is erkend op andere gebieden van het gemeenschapsrecht(108), zouden de lidstaten ook op het gebied van de verkoop op afstand erop kunnen toezien dat de bescherming van de door de communautaire rechtsorde gewaarborgde rechten niet uitloopt op ongerechtvaardigde verrijking van de rechthebbenden; de vaststelling van voorschriften aangaande de terugvordering van het onverschuldigd betaalde zou in beginsel binnen de regelingsbevoegdheid van de lidstaten vallen.

104. Mijns inziens kunnen deze argumenten betreffende de beoordelingsvrijheid van de lidstaten met betrekking tot een nationale regeling voor de gebruiksvergoeding, de toets der kritiek niet doorstaan.

105. Dienaangaande moet in de eerste plaats worden opgemerkt, dat, zoals reeds uiteengezet, de vrees dat er zich individuele gevallen van misbruik zullen voordoen, er niet mag toe leiden, de bescherming van door de communautaire rechtsorde gewaarborgde rechten jegens eenieder in te perken.(109) Alleen al om deze reden mag een regeling als de in casu aan de orde zijnde regeling niet binnen de beoordelingsbevoegdheid van de lidstaten vallen.

106. In de tweede plaats merk ik op dat de in casu aan de orde zijnde richtlijn 97/7 blijkens de considerans ervan beoogt de verkoop op afstand te bevorderen in het

kader van de verwezenlijking van de doelstellingen van de interne markt en met inachtneming van het doel van een optimale consumentenbescherming(110). De aldus nagestreefde doelstellingen mogen niet in het gedrang komen. Zoals hierboven is gebleken(111), bevatten de bepalingen van de richtlijn betreffende het herroepingsrecht een genuanceerde regeling inzake risicoverdeling, waarbij inzonderheid wordt uitgegaan van het beginsel, dat de financiële lasten voor de consument als gevolg van de uitoefening van het herroepingsrecht moeten worden beperkt. Zelfs indien – anders dan ik dienaangaande concludeer – een vergoeding niet onder het begrip kosten zou vallen, staat het de lidstaten niet vrij deze naar eigen goeddunken te regelen. Het zou hen inzonderheid verboden zijn alleen acht te slaan op de laatste zin van punt 14 van de considerans en daarbij bijvoorbeeld de eerste zin van dit punt van de considerans buiten beschouwing te laten.

107. Bijgevolg moet er in de derde plaats op worden gewezen dat het de consument vóór de sluiting van de overeenkomst op afstand niet mogelijk is daadwerkelijk het product te zien of van de aard van de dienstverrichting kennis te nemen (eerste zin van punt 14 van de considerans). Wat de levering van goederen betreft, compenseert de mogelijkheid voor de consument om de overeenkomst te herroepen het nadeel dat erin bestaat, dat hij de op afstand gekochte goederen niet in een winkelruimte kan bekijken en eventueel (aan- of uit)proberen. Het daarop gebaseerde herroepingsrecht zou zinledig en louter formeel worden, wanneer van de consument een vergoeding zou kunnen worden verlangd voor het gebruik tijdens de in richtlijn 97/7 vastgestelde relatief korte proefperiodes van een tot twee weken.(112) Alleen al door het openen van de originele verpakking (hetgeen in de regel noodzakelijk is om de goederen te bekijken en testen), zou de consument het risico lopen te worden tegengeworpen dat hij het goed niet slechts heeft geprobeerd, maar ook heeft gebruikt.(113) Om deze redenen is het mijns inziens in overeenstemming met de richtlijn, om voor de normale herroepingstermijn geen gebruiksvergoeding vast te stellen. Aangezien de termijn van drie maanden er niet toe strekt de consument in een minder gunstige situatie te brengen, maar enkel beoogt het gebrek te compenseren dat de leverancier heeft veroorzaakt door de schending van zijn informatieverplichtingen uit hoofde van artikel 5 van richtlijn 97/7, kan moeilijk een afwijkende regeling worden toegestaan voor deze langere periode van potentieel gebruik.

108. Voorts zij in de vierde plaats opgemerkt, dat in punt 14 van de considerans van richtlijn 97/7 uitdrukkelijk is vermeld dat het herroepingsrecht van de consument bij verkoop op afstand niet slechts louter formeel mag zijn. Een reeks praktische problemen die met een vergoedingsregeling gepaard zouden gaan, kunnen dit herroepingsrecht evenwel inderdaad veranderen in een beginsel zonder noemenswaardige toepassing. Naast de reeds vermelde(114) bewijsproblemen(115) moet worden opgemerkt, dat consumenten bij de sluiting van een overeenkomst in de regel niet kunnen weten, hoe hoog de eventueel gevorderde vergoedingen jegens hen zouden kunnen uitvallen. Het

daarmee verbonden risico zou hen ervan kunnen weerhouden te herroepen, al was het maar ter voorkoming van een – onaangenaam, geld, tijd en energie kostend – geschil. Dit risico kan de verkoop op afstand voor de consument voorts ook minder attractief maken, wat niet de bedoeling van richtlijn 97/7 is. Niet alleen de grotere keuze, maar ook de uitgespaarde tijd en verplaatsingen zijn immers voordelen van de verkoop op afstand vanuit het oogpunt van de consument.

109. Voor de afgrenzing van het onderhavige geval van de situatie die aan de basis lag van de arresten Schulte en Crailsheimer Volksbank, verwijs ik naar mijn beoog hierboven.(116)

110. Gelet op het voorgaande ben ik van oordeel dat een nationale wettelijke regeling als die welke in het hoofdgeding wordt betwist, die bepaalt dat de verkoper bij tijdige herroeping door de consument vergoeding voor het gebruik van het geleverde consumptiegoed kan eisen, evenmin op grond van de laatste zin van punt 14 van de considerans van richtlijn 97/7 binnen de regelingsbevoegdheid van de lidstaten valt.

VII – Conclusie

111. Ik geef het Hof dan ook in overweging de prejudiciële vraag van het Amtsgericht Lahr als volgt te beantwoorden:

Artikel 6, leden 1 en 2, van richtlijn 97/7/EG van het Europees Parlement en de Raad betreffende de bescherming van de consument bij op afstand gesloten overeenkomsten moet aldus worden uitgelegd, dat deze bepaling in de weg staat aan een nationale wettelijke regeling die in het algemeen bepaalt dat de verkoper bij tijdige herroeping door de consument een vergoeding voor het gebruik van het geleverde consumptiegoed kan eisen.

3002), laatstelijk gewijzigd bij besluit van 4 maart 2008 (BGBl. I, blz. 292).

7 – Zo werd er onder andere niet op gewezen dat de herroepingstermijn pas ingaat bij de ontvangst van de herroepingsinformatie en dat krachtens § 357, lid 3, BGB geen vergoeding moet worden betaald wanneer de slechtere staat van de goederen uitsluitend te wijten is aan de controle ervan.

8 – Volgens de verwijzende rechter hoeft de consument, wanneer het goed als gevolg van het gebruik conform de bestemming ervan in een slechtere staat verkeert, krachtens § 357, lid 3, BGB, slechts een vergoeding te betalen wanneer hij schriftelijk is geweest op dit rechtsgevolg en op een mogelijkheid om dit te voorkomen. In casu heeft verweerster slechts op ongedige wijze informatie over de gevolgen van de herroeping meegedeeld, zodat zij daarvoor geen vergoeding kan vorderen. Zou verzoekster kunnen aantonen dat het defect aan het notebook te wijten is aan een gebrek dat reeds bij de levering in het kader van de koop bestond, dan zou zij de betaalde aankoop-prijs krachtens §§ 434, 437, punt 2 of 3, 440, en 281 BGB, telkens gelezen in samenhang met § 346 BGB kunnen terugvorderen. Ook in dat geval zou verweersters bezwaar betreffende de vergoeding voor de verkregen voordelen toepassing kunnen vinden.

9 – Deze opvatting lijkt in wezen te worden gedeeld door Micklitz, H.-W., „La directive vente à distance 97/7/EC”, in Stauder/Stauder (ed.), *La protection des consommateurs acheteurs à distance*, aangehaald in voetnoot 5, blz. 23 en volgende, blz. 37.

10 – Zie voor een uitvoerigere bespreking van dit argument punt 103 infra van de onderhavige conclusie.

11 – Zie onder andere de arresten van 16 december 1976, Rewe-Zentralfinanz en Rewe-Zentral (33/76, Jurispr. blz. 1989, punt 5); 27 februari 1980, Just (68/79, Jurispr. blz. 501, punt 25); 19 november 1991, Franco-vich e.a. (C-6/90 en C-9/90, Jurispr. blz. I-5357, punt 43); 10 juli 1997, Palmisani (C-261/95, Jurispr. blz. I-4025, punt 27), en 19 juni 2003, Pasquini (C-34/02, Jurispr. blz. I-6515, punt 56).

12 – Arrest van 17 april 2008, Quelle (C-404/06, Jurispr. blz. I-0000).

13 – PB L 171, blz. 12.

14 – Mijn conclusie van 15 november 2007 in de zaak Quelle (arrest aangehaald in voetnoot 12).

15 – Arrest Quelle (aangehaald in voetnoot 12), punt 43 en dictum. Zie dienaangaande onder meer Ofner, H., „Kein Nutzungsentgelt für den Verkäufer bei Austausch der nicht vertragsmäßigen Sache”, in *Zeitschrift für Europarecht, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung*, 2008, blz. 57 en volgende, en Pardo Leal, M., „Derecho del vendedor a exigir al consumidor una indemnización por el uso de un bien en caso de sustitución de bienes que no son conformes (Sentencia ‚Quelle AG’ de 17 de abril de 2008, asunto C-404/06)”, in *Revista electrónica de Derecho del Consumo y de la Alimentación*, 2008, nr. 18, blz. 29-33.

16 – Arrest van 25 oktober 2005, Schulte (C-350/03, Jurispr. blz. I-9215).

17 – Arrest van 25 oktober 2005, Crailsheimer Volksbank (C-229/04, Jurispr. blz. I-9273).

1 – Oorspronkelijke taal: Duits.

2 – PB L 144, blz. 19.

3 – Zie artikel 2, punt 4, van richtlijn 97/7.

4 – Zie artikel 2, punt 1, van richtlijn 97/7.

5 – Richtlijn 97/7 werd een eerste maal in Duits recht omgezet bij het Fernabsatzgesetz (wet op de verkoop op afstand; BGBl. I, blz. 897), dat op 30 juni 2000 in werking is getreden en op 1 januari 2002 (BGBl. 2001 I, blz. 3138) in het BGB is opgenomen in het kader van een hervorming van het verbintenissenrecht. Voor een uitvoerige analyse van de situatie in Duitsland vóór en na de inwerkingtreding van het Fernabsatzgesetz alsook na de inwerkingtreding van het Schuldrechtsmodernisierungsgesetz (wet tot modernisering van het verbintenissenrecht), zie Hellwege, P., *Die Rückabwicklung gegenseitiger Verträge als einheitliches Problem*, 2004, blz. 60 en volgende. Voor de situatie in Duitsland vóór de inwerkingtreding van het Fernabsatzgesetz, zie onder meer Rott, P., „The distance selling directive and German Law”, in Stauder/Stauder (ed.), *La protection des consommateurs acheteurs à distance*, Zürich, 1999, blz. 127 en volgende.

6 – BGB-Informationspflichten-Verordnung in de versie bekendgemaakt op 5 augustus 2002 (BGBl. I, blz.

18 – PB L 372, blz. 31.

19 – Arrest Schulte (aangehaald in voetnoot 16), punten 92 en 83 alsook punt 3 van het dictum, en arrest Crailsheimer Volksbank (aangehaald in voetnoot 17), punten 48 en 49 en punt 2 van het dictum. Wat de vraag inzake de betaling van de op de markt gangbare rente betreft, heeft advocaat-generaal Léger in zijn conclusie van 2 juni 2005 in de zaak Crailsheimer Volksbank (aangehaald in voetnoot 17) standpunt ingenomen. Hij was in de punten 71 en 72 van zijn conclusie de mening toegedaan, dat richtlijn 85/577 zich in beginsel niet verzet tegen een nationale bepaling op grond waarvan, in geval van opzegging van een leningsovereenkomst, de wettelijke rente moet worden betaald. Voor zover immers de opzegging de nietigheid van de overeenkomst met terugwerkende kracht ten gevolge heeft, lijkt het normaal dat de zaken teruggebracht worden in de staat waarin zij vóór de sluiting van de overeenkomst verkeerden. Aangezien de leningnemer wordt geacht nimmer van het krediet gebruik te hebben gemaakt, is het volgens advocaat-generaal Léger logisch dat hij niet alleen de bedragen moet terugbetalen die hij krachtens de overeenkomst heeft ontvangen, maar ook de rente, dat wil zeggen de inkomsten die deze bedragen zouden hebben gegenereerd indien deze ter beschikking van de leninggever waren gebleven. In de punten 75 en volgende concludeerde hij ten slotte met betrekking tot het concrete geval, dat de bank evenwel geen verwijlinteressen kon opeisen zolang zij haar eigen verplichtingen niet was nagekomen.

20 – Aangehaald in voetnoot 12.

21 – Richtlijn 1999/44, zie punt 38 supra van de onderhavige conclusie.

22 – Zie betreffende de betekenis van de verschillende termijnen punt 87 infra van de onderhavige conclusie.

23 – Zo terecht Schinkels, B., „Fernabsatzverträge (§§ 312 b-312 d, § 241a, §§ 355 e.v. BGB)”, in Gebauer/Wiedemann (ed.), *Zivilrecht unter europäischem Einfluss*, 2005, blz. 209 en volgende, punt 66.

24 – Voor dit en andere voorbeelden zie Schinkels, B. (aangehaald in voetnoot 23), punt 67.

25 – Zie Arnold, A., en Dötsch, W., „Verschärfte Verbraucherhaftung beim Widerruf?”, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 2003, blz. 187-189, blz. 187, en Schinkels, B. (aangehaald in voetnoot 23), punt 67, alsook Brönneke, T., „Abwicklungsprobleme beim Widerruf von Fernabsatzgeschäften”, in *Multimedia und Recht*, 2004, blz. 127-133, blz. 132. Arnold/Dötsch en Brönneke zetten uiteen dat de in casu aan de orde zijnde nationale regeling van § 357, lid 3, eerste en tweede zin, BGB is vastgesteld naar aanleiding van de verkoop via het internet van een voertuig. Brönneke merkt in dat verband nog op dat het waardeverlies in dergelijke gevallen niet te wijten is aan slijtage, maar aan het aureool van een nieuwe wagen en eventueel aan bepaalde kortingpraktijken van handelaars ter omzeiling van prijsbinding.

26 – Met de woorden „in beginsel” zinspeel ik op de in de praktijk in alle scherpte rijzende vragen van het „conforme” of „zorgvuldige” gebruik bij het proberen, die hier evenwel niet nader kunnen worden onderzocht

omdat het hoofdgeding dienaangaande geen aanknopingspunten biedt.

27 – Zo kan de afbakening bij technische toestellen bijzondere problemen opleveren, aangezien deze ook na een langer gebruik niet noodzakelijk zichtbare sporen van slijtage vertonen. Anderzijds zijn er goederen die reeds gedeeltelijk worden verbruikt door het testen ervan, zoals bijvoorbeeld voor inktpatronen het geval is; zie Maderbacher, G., en Otto, G., „Fernabsatz: Vertragsrücktritt nur gegen Entgelt?”, in *Ecolex*, 2006, blz. 117-119, blz. 118.

28 – Dit blijkt duidelijk uit punt 14 van de considerans van de richtlijn, volgens hetwelk het de consument vóór de sluiting van de overeenkomst niet mogelijk is daadwerkelijk het product te zien of van de aard van de dienstverrichting kennis te nemen, zodat het wenselijk is te voorzien in een herroepingsrecht. Zie ook Manowski, P., *Beseitigungsrechte*, Tübingen, 2003, blz. 898.

29 – Punt 10 supra van de onderhavige conclusie.

30 – Dit vereist de afweging van de in het concrete geval betrokken belangen; zie dienaangaande Willhelm, R. G., *Verbraucherschutz bei internationalen Fernabsatzverträgen*, Hamburg, 2007, blz. 137.

31 – Zie voor dit begrip ook Schinkels, B. (aangehaald in voetnoot 23), punt 67.

32 – Ook Neumann, N., *Bedenkzeit vor und nach Vertragsabschluss*, 2005, blz. 393, wijst daarop.

33 – Hierbij dient te worden opgemerkt dat uit de stukken blijkt, dat volgens de in casu aan de orde zijnde Duitse regeling de bewijsplicht op de leverancier rust (zie punt 33 supra van de onderhavige conclusie). Volgens de rechtsleer lijkt dit evenwel niet volkomen duidelijk te zijn; zie Neumann, N. (aangehaald in voetnoot 32), blz. 393.

34 – Daarbij mag niet uit het oog worden verloren, dat, naar gelang van het goed en de omstandigheden, het ook binnen een korte tijdspanne kan komen tot een gebruik door de consument. Frappante voorbeelden hiervan zijn feestkledij, meubilair en vaatwerk die voor één bepaalde gelegenheid worden besteld en daarna worden geretourneerd. Mijns inziens is er in dat geval sprake van misbruik.

35 – Onder andere Rott, P., „Widerruf und Rückabwicklung nach der Umsetzung der Fernabsatzrichtlinie und dem Entwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes”, in *Verbraucher und Recht*, 2001, blz. 78 en volgende, blz. 80, en Wilhelm, R. G. (aangehaald in voetnoot 30), blz. 138, sluiten dit uit.

36 – Zie punt 33 supra van de onderhavige conclusie.

37 – Zie punt 52 supra van de onderhavige conclusie.

38 – Zie punt 22 supra van de onderhavige conclusie. Zie ook de standpuntbepaling van de Duitse regering, punt 33 supra van de onderhavige conclusie.

39 – Zie de punten 91 en 96 infra van de onderhavige conclusie.

40 – Als excursus zij terloops opgemerkt, dat naast deze vragen naar de uitlegging van het gemeenschapsrecht, voor de verwijzende rechter bij de uitlegging van het nationale recht nog een ander aspect relevant zou kunnen zijn: de nationale toepassing van de rechten die de justitiabelen aan het gemeenschaps-

recht ontlenen, mag niet ongunstiger zijn dan die voor soortgelijke, uit het nationale recht voortvloeiende rechten (zie in deze zin onder meer arresten van 21 september 1983, Deutsche Milchkontor e.a. [205/82–215/82, Jurispr. 2633, punt 23], en 15 september 1998, Edis [C-231/96, Jurispr. blz. I-4951, punt 36]). Deze opmerking lijkt mij nuttig, daar in de rechtsleer wordt gesteld dat de nationale wetgever met de in casu aan de orde zijnde regeling de consument die een verkoop op afstand herroept, minder gunstig behandelt dan de houders van om het even welk wettelijk herroepingsrecht of dan professionele kopers bij herroeping volgens de regels van het Duitse handelsrecht [zie bijvoorbeeld Mankowski, P. (aangehaald in voetnoot 28), blz. 891, en Neumann, N. (aangehaald in voetnoot 32), blz. 391 („anders dan de ‚normale’ herroepende persoon”)].

41 – Volgens artikel 2, punt 3, dient daaronder iedere natuurlijke persoon of rechtspersoon te worden verstaan die bij onder richtlijn 97/7 vallende overeenkomsten in het kader van zijn bedrijfs- of beroepsactiviteit handelt.

42 – Zie ook Maderbacher/Otto (aangehaald in voetnoot 27), blz. 118.

43 – Zie inzonderheid arrest van 19 september 2000, Linster (C-287/98, Jurispr. blz. I-6917, punt 43).

44 – Zie de punten 60 en 61 supra van de onderhavige conclusie.

45 – Zo ook Micklitz, H.-W. (aangehaald in voetnoot 9), blz. 37.

46 – Zo kan een contractueel vastgestelde vergoeding, zoals bijvoorbeeld de inhouding van 15 % van de waarde van het goed in de algemene verkoopvoorwaarden van verweerster (zie punt 15 supra van de onderhavige conclusie), als betaling van een boete worden beschouwd.

47 – Punt 68 infra en volgend.

48 – Zie de punten 60 en 61 supra van de onderhavige conclusie.

49 – In tegenstelling tot richtlijn 1999/44, zie voor een uitvoerige bespreking Buchmann, F., „Kein Nutzungsersatz beim Widerruf von Fernabsatzgeschäften?“, *Kommunikation & Recht* 2008, blz. 505 en volgende, blz. 508.

50 – Dus ook niet in het door de Commissie ter terechtzitting aangehaalde arrest van 19 september 2006, i-21 Germany en Arcor (C-392/04 en C-422/04, Jurispr. blz. I-8559), waarin de vraag aan de orde was, of bij de heffing van een licentievergoeding in het kader van de „administratiekosten” mag worden uitgegaan van de algemene beheerskosten van een nationale reguleringsautoriteit over een periode van 30 jaar. In dat arrest heeft het Hof het begrip kosten niet gedefinieerd en a fortiori niet op een wijze die transposeerbaar zou zijn op het onderhavige geval. Het heeft in de punten 28 en 29 van dat arrest slechts uiteengezet, dat het begrip „administratiekosten” in de zin van het in die zaak aan de orde zijnde artikel 11, lid 1, van richtlijn 97/13/EG van het Europees Parlement en de Raad van 10 april 1997 betreffende een gemeenschappelijk kader voor algemene machtigingen en individuele vergunningen op het gebied van telecommunicatiediensten (PB L 117, blz. 15) aldus moet worden opgevat dat het ver-

wijst naar het werk in verband met de afgifte van de vergunningen en, overeenkomstig voormelde bepaling, de afgifte, het beheer, de controle en het toezicht op de naleving van de individuele vergunningen betreft.

51 – In vele lidstaten bepalen de ter uitvoering van richtlijn 97/7 vastgestelde voorschriften, dat de kosten voor de terugzending bij overeenkomst aan de consument kunnen worden opgelegd. Zie in die zin Rühl, G., „Die Kosten der Rücksendung bei Fernabsatzverträgen: Verbraucherschutz versus Vertragsfreiheit”, in *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2005, blz. 199–202, blz. 201. Eveneens in die zin Knez, R., „Direktiva 97/7/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 20. maja 1997 o varstvu potrošnikov glede sklepanja pogodb pri prodaji na daljavo”, in *Trstenjak, V., Evropsko pravo varstva potrošnikov, GV Založba, Ljubljana*, 2005, blz. 111 en volgende, blz. 113.

52 – Ook Brönneke (aangehaald in voetnoot 25), blz. 132 en Maderbacher/Otto (aangehaald in voetnoot 27), blz. 118, zijn duidelijk dezelfde mening toegedaan.

53 – De initiatieven en discussies met betrekking tot een algehele herziening of omvattende regeling van de consumentenrechten worden hierna besproken (punt 94 van de onderhavige conclusie).

54 – Allix, J., „La directive 97/7/CE: Contrats à distance et protection des consommateurs”, in *Revue des affaires européennes*, 1998, blz. 176–187, blz. 179, kwalificeert het herroepingsrecht terecht als een grondbeginsel van die richtlijn. Zie ook Brönneke (aangehaald in voetnoot 25), blz. 127.

55 – Ook Mankowski (aangehaald in voetnoot 28), blz. 893, merkt terecht op dat met de ongedaanmaking verbonden lasten en kosten moeten worden beschouwd als herroepingskosten.

56 – Zie punt 53 supra van de onderhavige conclusie.

57 – Zie Mankowski (aangehaald in voetnoot 28), blz. 892.

58 – Zie mijn conclusie van 15 november 2007 in de zaak *Quelle* (aangehaald in voetnoot 14), punt 49.

59 – Anders dan in de context van de *Quelle*-zaak staat het opzeggingsrecht van de consument in het onderhavige geval niet in verband met de schending van een verplichting door de verkoper, maar heeft het enkel de bescherming van de rechthebbende tot doel; zie Hellwege, P. (aangehaald in voetnoot 5), blz. 74.

60 – Zie dienaangaande mijn inleidende opmerkingen in de punten 45 tot en met 57 supra van de onderhavige conclusie. In dit opzicht is het weliswaar niet onbelangrijk dat het uiteindelijk de leverancier is waarop de stellen bewijslast rust (zie punt 33 supra van de onderhavige conclusie, alsook voetnoot 33), maar de consument zal daar in de regel niet van op de hoogte zijn.

61 – Zie in dat verband punt 33 van de onderhavige conclusie.

62 – Maderbacher/Otto (aangehaald in voetnoot 27), blz. 118, wijzen er instemmend op, dat wanneer wordt erkend dat artikel 6, lid 2, van richtlijn 97/7 niet voorziet in de verrekening van een gebruiksvergoeding, afbakeningsproblemen tussen een louter „testgebruik” en een „daadwerkelijk gebruik” worden vermeden.

63 – Zie in dat verband met name punt 4 van de considerans van richtlijn 97/7, waarin het heet dat „dat de

consument dankzij de invoering van nieuwe technologieën over een toenemend aantal middelen beschikt om van de overal in de Gemeenschap gedane aanbiedingen kennis te nemen en om bestellingen op te geven". Het doel, de verkoop op afstand te bevorderen, blijkt ook uit de punten 3, 6 en 7 van de considerans van de richtlijn. Voorts moet worden gewezen op verschillende mededelingen van de Commissie betreffende het consumentenbeleid, bijvoorbeeld de mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement, de Raad, het Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de Regio's – Strategie voor het consumentenbeleid 2002-2006 [COM(2002) 208 def.], blz. 21 en volgende. Zie ook Micklitz, H.-W. (aangehaald in voetnoot 9), blz. 25.

64 – De richtlijn is vastgesteld op basis van artikel 100 A EG-Verdrag (thans, na wijziging, artikel 95 EG) en heeft dus de voltooiing van de interne markt tot doel [zie betreffende artikel 100 A EG-Verdrag of artikel 95 EG als rechtsgrondslag onder meer arrest van 10 december 2002, *British American Tobacco (Investments) en Imperial Tobacco*, C-491/01, Jurispr. blz. I-11453, punten 59 en 60]. Zie ook, in verband met richtlijn 97/7, Donnelly, M., en White, F., „The Distance Selling Directives: a time for review”, *Northern Ireland Legal Quarterly* 56/2005, blz. 200 en volgende, blz. 200 en 204; Schinkels, B. (aangehaald in voetnoot 23), punt 7. Naast het (in voetnoot 63) reeds aangehaalde punt 4 van de considerans, dat onder andere betrekking heeft op de noodzaak om negatieve gevolgen te voorkomen voor de concurrentie tussen de ondernemingen op de interne markt, moeten inzonderheid ook de eerste drie punten van de considerans van richtlijn 97/7 worden vermeld:

„(1) Overwegende dat het, in het kader van de verwezenlijking van de doelstellingen van de interne markt, van belang is maatregelen vast te stellen voor de geleidelijke consolidering van die markt;

(2) Overwegende dat het vrij verkeer van goederen en diensten niet alleen betrekking heeft op handelaren maar ook op particulieren; dat vrij verkeer inhoudt dat consumenten toegang moeten hebben tot de goederen en diensten van een andere lidstaat onder dezelfde voorwaarden als de bevolking van die lidstaat;

(3) Overwegende dat grensoverschrijdende verkoop op afstand voor de consument een van de belangrijkste concrete uitingen van de voltooiing van de interne markt kan zijn, zoals onder andere in de mededeling van de Commissie aan de Raad „Op weg naar een gemeenschappelijke markt voor distributie” is geconstateerd; dat het voor de goede werking van de interne markt noodzakelijk is dat de consumenten zich tot een bedrijf in een ander land kunnen wenden, ook al heeft dit bedrijf een dochteronderneming in het land van verblijf van de consument.”

65 – Zie het reeds in voetnoot 63 aangehaalde punt 4 van de considerans van richtlijn 97/7.

66 – De algemene idee van consumentenbescherming is in meer of mindere mate expliciet aanwezig in de meeste punten van de considerans van richtlijn 97/7. Punt 19 van de considerans verwijst bijzonder duidelijk naar een „optimale bescherming van de consument” en

punt 4 van de considerans benadrukt het doel van een harmonisatie van de regels inzake de consumentenbescherming bij de verkoop op afstand. Via de punten van de considerans wordt het doel van consumentenbescherming in verband gebracht met het doel van de interne markt; zie dienaangaande Cremona, M., „The distance selling directive”, in *The Journal of Business Law*, 11/1998, blz. 613 en volgende, blz. 614.

67 – Schinkels, B. (aangehaald in voetnoot 23), punt 8. Zie dienaangaande ook Hörnle, J., Sutter, G., en Walden, I., „Directive 97/7/EC on the protection of consumers in respect of distance contracts”, in Lodder/Kaspersen (ed.), *eDirectives: Guide to European Union Law on E-commerce*, hoofdstuk 2, 2002, blz. 11 en volgende, blz. 17.

68 – Zie artikel 6, lid 3, van richtlijn 97/7. Zie in dezelfde zin het betoog in de schriftelijke opmerkingen van de Belgische regering.

69 – Artikel 6, lid 3, van richtlijn 97/7 sluit met name van het herroepingsrecht uit: overeenkomsten betreffende de levering van goederen die volgens de specificaties van de consument zijn vervaardigd of die een duidelijk persoonlijk karakter hebben of die door hun aard niet kunnen worden teruggezonden of snel kunnen bederven of verouderen. Voorts worden uitgesloten: overeenkomsten betreffende de levering van audio- en video-opnamen en computerprogrammatuur waarvan de verzegeling door de consument is verbroken en overeenkomsten betreffende de levering van kranten en tijdschriften.

70 – Zie voetnoot 63 supra.

71 – Anderzijds kan de leverancier kosten uitsparen wanneer hij zich op de verkoop op afstand toelegt en dus geen winkel dient uit te baten; zie Donnelly, M., en White, F. (aangehaald in voetnoot 64), blz. 201.

72 – Mededeling van de Commissie aan de Raad, het Europees Parlement en het Europees Economisch en Sociaal Comité van 21 september 2006 over de tenuitvoerlegging van richtlijn 1997/7 [COM(2006) 514 def.], punt 7 en bijlage IV.

73 – COM(2008) 614 def. van 8 oktober 2008, Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende consumentenrechten, artikel 17, lid 2. Dit voorstel heeft ten doel het thans in verschillende richtlijnen op uiteenlopende wijze geregelde consumentenacquis volledig en uniform te harmoniseren; zie ook Terryn, E., „The Right of Withdrawal, the Acquis Principles and the Draft Common Frame of Reference”, in R. Schulze (ed.), *Common Frame of Reference and Existing EC Contract Law*, 2008, blz. 158 en volgende, en Groenboek Herziening van het consumentenacquis, Brussel, 8 februari 2007 [COM(2006) 744 def.], blz. 11.

74 – C. von Bar e.a. (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Interim Outline Edition; prepared by the Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group)*, München, 2008.

75 – Wat de plaats van dit document betreft, wijzen Schulze, R., en Wilhelmsson, T., „From the Draft Common Frame of References towards European Con-

tract Law Rules”, in *European Review of Contract Law*, 2008, blz. 154-168, erop, dat het DCFR is opgesteld door een groep geleerden en naast andere in aanmerking te nemen studies en ontwerpen (*Principles of European Contract Law – PECL – en de Acquis Principles*) een discussiebasis vormt voor het toekomstige Europese contractenrecht. Zie betreffende de *Acquis Principles* Schulze, R., „Die ‚Acquis-Grundregeln‘ und der Gemeinsame Referenzrahmen”, in *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 2007, blz. 731 en volgende.

76 – Artikel 17, lid 2, COM(2008) 614 def. van 8 oktober 2008, Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende consumentenrechten.

77 – Zie dienaangaande punt 53 supra van de onderhavige conclusie.

78 – Deze termijn begint pas te lopen nadat de consument is geïnformeerd over zijn herroepingsrecht. Volgens Loos, M. B. M., „Review of the European consumer acquis”, in *Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht/European Community private law review/Revue du droit privé communautaire*, 2008, blz. 117-122, blz. 118, hadden consumentenverenigingen in een aantal gevallen een langere termijn bepleit, terwijl verenigingen van handelaars zich voor een over het algemeen kortere periode hadden uitgesproken.

79 – Dat geldt evenwel slechts voor de herroeping binnen de normale herroepingstermijn, die in de regel 14 dagen bedraagt. Artikel II.-5:105, lid 4, DCFR sluit de betaling van een vergoeding daarentegen uitdrukkelijk uit in het geval dat de consument niet of niet naar behoren over zijn herroepingsrecht is geïnformeerd.

80 – In die zin Loos, M. B. M. (aangehaald in voetnoot 78), blz. 119.

81 – Zie betreffende de *Acquis Principles* o.a. Schulze, R. (aangehaald in voetnoot 75).

82 – Zie o.a. Schulze, R. (aangehaald in voetnoot 75), blz. 902, artikel 5:105.

83 – Hierbij zij aangekend, dat deze termijn van drie maanden ingevolge artikel 6, lid 1, vierde alinea, van richtlijn 97/7 in bepaalde gevallen met een paar dagen kan worden overschreden, namelijk wanneer de in artikel 5 van richtlijn 97/7 bedoelde informatie binnen deze termijn van drie maanden wordt meegedeeld. In dat geval gaat de termijn van zeven werkdagen op grond van artikel 6, lid 1, eerste alinea, bij de mededeling van de informatie in.

84 – In punt 29 van zijn conclusie van 21 november 2007 in de zaak *Hamilton* (arrest van 10 april 2008, *Hamilton*, C-412/06, Jurispr. blz. I-0000) heeft advocaat-generaal Poiares Maduro zich in dezelfde zin uitgesproken bij de analyse van de mogelijkheid om termijnen vast te stellen in het kader van het herroepingsrecht van richtlijn 85/577. De beperking in de tijd van het herroepingsrecht bij verkoop op afstand staat in contrast tot de onbeperkte duur van het herroepingsrecht bij huis-aan-huisverkoop; zie wat dit laatste betreft het arrest van 13 december 2001, *Heininger* (C-481/99, Jurispr. blz. I-9945, punt 48).

85 – Zie dienaangaande *Knez*, R. (aangehaald in voetnoot 51), blz. 113.

86 – In het onderhavige verzoek om een prejudiciële beslissing is niet aan de orde, of de uitbreiding van de termijn van drie maanden daadwerkelijk een dergelijk hoger beschermingsniveau oplevert dan wel daar in de praktijk afbreuk aan doet door de daarmee naar Duits recht verbonden haast onvermijdelijk langere gebruiksduur (ter terechtzitting heeft de Duitse regering bevestigd, dat bij een herroepingstermijn die wegens schending van de informatieverplichting is verlengd, het goed doorgaans in gebruik wordt genomen, wat naar het Duitse recht in de regel grond oplevert voor de aanspraak op gebruiksvergoeding).

87 – Zie voor de argumenten van de Commissie punt 34 van de onderhavige conclusie.

88 – Bijvoorbeeld een kledingstuk voor een bijzondere avond of een grootbeeldtelevisie voor een bepaald evenement (zie voor het voorbeeld van een televisie voor een bijzonder voetbal-evenement *Buchmann*, F., aangehaald in voetnoot 49, blz. 505, aldaar in voetnoot 4). *Schinkels*, B. (aangehaald in voetnoot 23), punt 63, geeft als voorbeeld de herroeping na bovenmatig gebruik.

89 – Zie arresten van 12 mei 1998, *Kefalas e.a.* (C-367/96, Jurispr. blz. I-2843, punt 22), en 11 september 2003, *Walcher* (C-201/01, Jurispr. blz. I-8827, punt 37).

90 – Zie in die zin de arresten *Kefalas e.a.* (aangehaald in voetnoot 89, punt 22) en *Walcher* (aangehaald in voetnoot 89, punt 37).

91 – Zie in dat verband punt 96 infra van de onderhavige conclusie.

92 – Zie aangaande de desbetreffende vaststelling van de verwijzende rechter de punten 20 en 21 supra van de onderhavige conclusie. Voorts moet worden opgemerkt dat er reeds sprake zou kunnen zijn van een met de richtlijn strijdige schending van de informatieverplichting wanneer de consument wordt meegedeeld dat hij (in strijd met de richtlijn) eventueel gehouden kan zijn bij herroeping een gebruiksvergoeding te betalen. Ook onbegrijpelijke en nodeloos ingewikkelde informatie kan de consument misleiden (zie *Donnelly*, M., en *White*, F., aangehaald in voetnoot 64, blz. 213 en volgende). Artikel 4, lid 2, van richtlijn 97/7 beoogt dit tegen te gaan (zie in dat verband ook *Hörnle*, J., *Sutter*, G., en *Walden*, I., aangehaald in voetnoot 67, blz. 15).

93 – Punten 86 en 87 supra van de onderhavige conclusie.

94 – *Mankowski* (aangehaald in voetnoot 28), blz. 892.

95 – Zie voor het begrip *Schinkels*, B. (aangehaald in voetnoot 23), punt 63.

96 – Zie punt 85 supra van de onderhavige conclusie.

97 – Zie punt 85 supra van de onderhavige conclusie.

98 – Zie ook arresten *Heininger* (aangehaald in voetnoot 84, punt 45) en *Hamilton* (aangehaald in voetnoot 84, punt 33).

99 – Zie punt 39 supra van de onderhavige conclusie.

100 – Zie voor een kritische bespreking van deze rechtspraak, inzonderheid wegens het ontbreken van een nadere motivering, o.a. *Hoffmann*, „Die EuGH-Entscheidungen ‚Schulte‘ und ‚Crailsheimer Volksbank‘: ein Meilenstein für den Verbraucherschutz beim kreditfinanzierten Immobilienerwerb?”, *Zeitschrift für*

Wirtschaftsrecht - ZIP, 2005, blz. 1985 en volgende, blz. 1986.

101 – Alleen al de doelen van de twee betrokken richtlijnen zijn bijzonder verschillend: in tegenstelling tot de doelstellingen van de in casu aan de orde zijnde richtlijn 97/7, die zowel verband houden met de bescherming van de consument als met de interne markt, en inzonderheid met de bevordering van de verkoop op afstand (zie punt 81 supra van de onderhavige conclusie), beoogde de gemeenschapswetgever binnen de werkingssfeer van richtlijn 85/577 uitsluitend de bescherming van de consument veilig te stellen in de delicate situatie van de huis-aan-huisverkoop (zie Rudisch, B., „Das ‚Heininger‘-Urteil des EuGH vom 13.12.2001, Rs C-481/99: Meilenstein oder Stolperstein für den Verbraucherschutz bei Realkrediten?“, in Verbraucherschutz in Europa: Festgabe für Heinrich Mayrhofer, 2002, blz. 189-205, blz. 204). Het is helemaal niet de bedoeling, de huis-aan-huisverkoop te bevorderen, integendeel: „het [moet] de lidstaten blijven vrijstaan, een algeheel of gedeeltelijk verbod op het buiten de verkoopruimten sluiten van overeenkomsten te handhaven of in te stellen [...]” (zie punt 5 van de considerans van richtlijn 85/577).

102 – Hetzelfde geldt voor het in punt 38 van de onderhavige conclusie aangehaalde arrest Quelle, waarin tot hetzelfde resultaat wordt gekomen als ik in casu in overweging geef, maar op andere dan de hier verdedigde gronden.

103 – Een belangrijk onderscheid is reeds, dat het herroepingsrecht van richtlijn 85/577 van onbepaalde duur is wanneer geen informatie over dit recht is meegegeeld; zie artikel 5, lid 1, eerste zin, van deze richtlijn. Zoals reeds uiteengezet voorziet richtlijn 97/7 slechts in een verlenging van de termijn voor het uitoefenen van het herroepingsrecht wanneer geen informatie over dit recht is meegegeeld.

104 – Zie ook punt 43 van het arrest Hamilton (aangehaald in voetnoot 84).

105 – Punt 31 supra van de onderhavige conclusie.

106 – Punt 31 supra van de onderhavige conclusie.

107 – Punt 34 supra van de onderhavige conclusie.

108 – Volgens vaste rechtspraak van het Hof belet het gemeenschapsrecht de nationale rechter niet erop toe te zien dat de bescherming van de door de communautaire rechtsorde gewaarborgde rechten niet uitloopt op ongerechtvaardigde verrijking van de rechthebbenden. Dienaangaande verwijst de Commissie naar de arresten van 4 oktober 1979, Ireks-Arkady/EEG (238/78, Jurispr. blz. 2955, punt 14); 21 september 2000, Michailidis (C-441/98 en C-442/98, Jurispr. blz. I-7145, punt 31), 20 september 2001, Courage en Crehan (C-453/99, Jurispr. blz. I-6297, punt 30), en 13 juli 2006, Manfredi e.a. (C-295/04–C-298/04, Jurispr. blz. I-6619, punt 94). Aangaande de coördinatie door de Gemeenschap van de socialezekerheidsstelsels van de lidstaten, heeft het Hof voor recht verklaard dat regelingen met betrekking tot de terugvordering van het onverschuldigd betaalde (en de toepasselijkheid van eventuele verjaringstermijnen) in beginsel tot de regelingsbevoegdheid van de verschillende lidstaten zouden behoren; zie in dat ver-

band arrest Pasquini (aangehaald in voetnoot 11, punt 53).

109 – Zie punt 90 supra van de onderhavige conclusie.

110 – Zie punt 81 supra van de onderhavige conclusie.

111 – Zie de punten 80 tot en met 87 supra van de onderhavige conclusie.

112 – Zie punt 82 supra van de onderhavige conclusie.

113 – Bovenop dit risico zou dan ook eens een belangrijk inherent bewijsprobleem kunnen komen.

114 – Zie inzonderheid punt 49 supra van de onderhavige conclusie.

115 – Een oplossing voor deze problemen kan evenmin worden gevonden in het voorstel van Buchmann, F. (aangehaald in voetnoot 49), blz. 508, om een tijdstip te bepalen waarop de consument er bewust voor heeft gekozen om het goed „te willen behouden”. Zou van een dergelijk, in de praktijk niet objectief vast te stellen tijdstip worden uitgegaan, dan zou de situatie op het vlak van stel- en bewijslast integendeel nog complexer worden.

116 – Zie de punten 97 en 98 supra van de onderhavige conclusie.