

De gebruiksvergoeding bij de ontbonden koop op afstand: het onderscheid tussen 'gebruiken' en 'uitproberen'

Prof. mr. M.B.M. Loos*

De koper van een zaak wordt na levering eigenaar van die zaak en heeft als eigenaar uiteraard het recht om die zaak te gebruiken. Dat gebruik maakt de zaak wel tweedehands. Dat roept de vraag op of de koper gehouden is om een 'gebruiksvergoeding' te betalen indien hij de koopovereenkomst ontbindt (of vervanging van de zaak verlangt) en de zaak teruglevert aan de verkoper. In het *Quelle*-arrest, dat handelt over de vraag of bij de vervanging van de non-conforme zaak een gebruiksvergoeding betaald moet worden, beantwoordde het Hof die vraag ontken- nend.¹ In het *Messner*-arrest was dezelfde vraag aan de orde in het kader van de ontbinding van een op afstand gesloten koopovereenkomst. Ook nu beantwoordt het Hof de vraag ontken- nend, maar het Hof geeft aan dat hier wel uitzonderingen op mogelijk zijn.

HvJ EG 3 september 2009, zaak C-489/07, n.n.g. (Messner)

Inleiding

Artikel 6 lid 1 van de Richtlijn koop op afstand² (Richtlijn 97/7/EG) bepaalt dat een consument de koopovereen- komst gedurende een bedenktijd van zeven werkdagen na aflevering van de op afstand gekochte zaak kan ontbinden. Deze bedenktijd wordt verlengd tot maximaal drie maan- den na aflevering van de zaak indien de verkoper niet aan zijn informatieverplichtingen heeft voldaan.³ Na afleve- ring van de zaak is de koper in beginsel eigenaar van de

zaak geworden⁴ en kan hij de zaak dus gebruiken zoals hem goed dunkt. Moet hij nu een gebruiksvergoeding betalen indien hij de zaak na ontbinding van de koop op afstand retourneert? Daarbij dient te worden bedacht dat de koper de koopovereenkomst zonder opgave van redenen mag ontbinden⁵ en dat hij derhalve ook tot ontbinding kan overgaan indien van non-conformiteit geen sprake is. In het *Messner*-arrest oordeelde het Hof dat ook bij de ont- binding tijdens de bedenktijd in beginsel geen gebruiks- vergoeding verschuldigd is, maar – anders dan in het *Quelle*-arrest – geeft het Hof aan dat een dergelijke ver- goeding bij de ontbinding van de op afstand gesloten koopovereenkomst onder omstandigheden wel mogelijk is. In deze bijdrage zal ik aangeven waarom het Hof hier terecht een opening biedt voor het eisen van gebruikskos- ten, waar het in het *Quelle*-arrest die mogelijkheid bij de vervanging van een zaak wegens non-conformiteit nog categorisch afwees. Ik begin daartoe met de bespreking van de feiten die ten grondslag liggen aan de nationale procedure. Vervolgens bespreek ik de belangrijkste over- wegingen van het Hof. In het daaropvolgende commen- taar zal ik in het bijzonder ingaan op het onderscheid tus- sen 'uitproberen' en 'gebruiken' en de vraag wanneer een gebruiksvergoeding gerechtvaardigd kan zijn en waar die dan op gebaseerd zou moeten worden en op de verhouding tussen het *Quelle*-arrest en het *Messner*-arrest. Ik sluit af met een korte slotopmerking over de verhouding van het antwoord van het Hof in *Messner* en de regelingen in de *Draft Common Frame of Reference* (DCFR) en de voorges- telde Richtlijn consumentenrecht. In deze gehele bijdra- ge zal ik, voor zover de toepasselijke Duitse bepalingen niet (significant) afwijken van de Nederlandse situatie, uitgaan van de situatie onder het Nederlandse recht. Waar

* Prof. mr. M.B.M. Loos is hoogleraar Privaatrecht (in het bijzonder het Europees consumentenrecht) aan de Universiteit van Amsterdam

1. Zie HvJ EG 17 april 2008, zaak C-404/06, *Quelle AG*, *Jur.* 2008, p. 1-2685, waarover V. Mak, "Kosteloze" vervanging bij non-conformiteit: is de consument een vergoeding verschuldigd voor het genoten gebruik van een gebrekkige zaak?', *NTER* 2009/1.
2. Richtlijn 97/7/EG van het Europees Parlement en de Raad van 20 mei 1997 betreffende de bescherming van de consument bij op afstand gesloten overeenkomsten, Pb. EG 1997, L 144/19.
3. Vgl. in deze zin ook art. 7:46d lid 1 BW.

4. Vgl. art. 7:9 en 3:90 BW. Een uitzondering geldt indien de verkoper een eigendomsvoorbehoud heeft gemaakt. In dat geval gaat de eigendom pas over op het moment waarop de koper de koopprijs heeft voldaan (art. 3:92 BW).
5. Zie art. 7:46d lid 1 BW.

het Duitse recht wel afwijkt van het Nederlandse recht, zal ik dat duidelijk aangeven.

De nationale procedure

Op 2 december 2005 koopt mevrouw Messner van de Firma Stefan Krüger via het internet een tweedehands notebook voor een bedrag van € 278. Krüger maakt zijn bedrijf van het sluiten van overeenkomsten via het internet. Volgens de algemene voorwaarden van Krüger zou Messner een vergoeding moeten betalen voor het gebruik van de notebook indien zij de koopovereenkomst zou ontbinden en de notebook door het gebruik ervan in slechtere staat zou verkeren.

Begin augustus 2006 constateert Messner dat het beeldscherm van de notebook kapot is gegaan. Zij stelt Krüger hier op 4 augustus 2006 van op de hoogte, maar Krüger weigert de notebook gratis te repareren. Omdat de zaak acht maanden na aflevering defect is gegaan,⁶ heeft Messner volgens artikel 7:17 en 7:21 BW⁷ recht op gratis reparatie of vervanging van de zaak indien sprake is van non-conformiteit, maar zij dient daartoe wel te bewijzen dat de zaak niet voldoet aan de verwachtingen die zij van die zaak mocht hebben en dat de zaak al bij aflevering niet aan de overeenkomst beantwoordde.⁸ Dat bewijs is in veel gevallen moeilijk te leveren.⁹ Messner ziet echter in de bepalingen van het Duitse recht inzake koop op afstand een uitweg: omdat Krüger niet aan zijn informatieverplichtingen heeft voldaan, is naar Duits recht – anders dan naar Nederlands recht – de voor de koop op afstand geldende bedenktijd niet aangevangen en dus ook nog niet geëindigd.¹⁰ Op grond daarvan ontbindt zij op 7 november 2006 de koopovereenkomst; zij biedt daarbij aan om de notebook terug te zenden tegen terugbetaling van de koopprijs door Krüger terug te zenden. Omdat Krüger hier niet toe bereid is, vordert Messner vervolgens voor het Amtsgericht Lahr van Krüger de terugbetaling van de koopprijs van € 278.

Krüger verweert zich tegen de vordering met de stelling dat Messner de notebook gedurende acht maanden heeft gebruikt en daarom aan hem een gebruiksvergoeding verschuldigd is. Krüger doet daarmee een beroep op paragraaf 357 BGB, dat uitdrukkelijk bepaalt dat een dergelijke vergoeding verschuldigd is indien de zaak in slechtere

staat verkeert dan zij geleverd was doordat de koper de zaak (op normale wijze) gebruikt heeft. Deze gebruiksvergoeding moet volgens Krüger gelijk worden gesteld aan de marktprijs voor de huur van een vergelijkbaar notebook, welk bedrag volgens hem ongeveer € 118,80 voor drie maanden bedraagt. Dat betekent, aldus Krüger, dat Messner hem voor het gebruik van de notebook gedurende acht maanden een bedrag van € 316,80 verschuldigd zou zijn.¹¹

Het Amtsgericht Lahr heeft het Hof daarom de vraag gesteld of de richtlijn zich verzet tegen het verlangen van een gebruiksvergoeding, zoals in beginsel zou voortvloeien uit paragraaf 357 BGB.

Beantwoording van de prejudiciële vraag

Het Hof stelt voorop dat volgens de bepalingen van artikel 6 lid 1, tweede zin, en lid 2 van de richtlijn koop op afstand aan de consument ten hoogste de rechtstreekse kosten voor het terugzenden van de goederen in rekening kunnen worden gebracht. Deze bepalingen dienen er volgens overweging 14 van de preambule toe om zeker te stellen dat het door de richtlijn gewaarborgde herroepingsrecht ‘niet louter formeel blijft’. Het Hof merkt in dit verband op dat wanneer aan de uitoefening van de ontbindingsbevoegdheid bij de koop op afstand (‘het herroepingsrecht’, in de terminologie van de richtlijn en het Hof) voor de consument negatieve financiële gevolgen verbonden zouden zijn, de consument ervan zou kunnen worden weerhouden om gebruik te maken van dit recht.¹² Uit overweging 14 van de preambule leidt het Hof voorts af dat het herroepingsrecht geacht wordt ‘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’.¹³ De conclusie hieruit is duidelijk, aldus het Hof: een algemene verplichting om een compenserende vergoeding te betalen voor het gebruik van de op afstand gekochte zaak (zoals deze voortvloeit uit par. 357 BGB) is niet verenigbaar met de doelstellingen van de richtlijn koop op afstand.¹⁴ Een dergelijke gebruiksvergoeding impliceert immers dat de consument alleen tegen betaling gebruik kan maken van zijn ontbindingsbevoegdheid, ook als hij de zaak alleen gekeurd en uitgetoet heeft. De richtlijn beoogt de consument nu juist de mogelijkheid daartoe te bieden zonder dat hij een vergoeding verschuldigd is.¹⁵

De richtlijn staat dus in de weg aan het een *algemene* verplichting tot het vergoeden van het gebruik van de zaak.

6. En derhalve het bewijsvermoeden van art. 5 lid 3 van de Richtlijn consumentenkoop en art. 7:18 lid 2 BW niet opgaat.

7. Art. 7:21 BW stemt op dit punt overeen met art. 5 lid 1 van de Richtlijn consumentenkoop (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, Pb. EG 1999, L 171/12).

8. Het moment van aflevering is het moment waarop het risico van het tenietgaan van de zaak overgaat van de verkoper op de koper, art. 7:10 lid 1 BW. De verkoper is na aflevering daarom alleen aansprakelijk indien het gebrek – al dan niet verborgen – op het moment van aflevering al aanwezig was.

9. Vgl. hierover M.B.M. Loos, ‘Bewijslast en bewijsrisico bij de wettelijke en commerciële garantie’, annotatie bij: Geschillencommissie Voertuigen 15 februari 2006, *Tijdschrift voor Consumentenrecht en Handelspraktijken* 2007, p. 133.

10. Zie paragraaf 312d lid 2 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB).

11. Ik wijs er reeds nu op dat de volgens Krüger verschuldigde gebruiksvergoeding daarmee boven de koopprijs ligt die Messner heeft betaald. Deze omstandigheid komt ook terug in het oordeel van het HvJ EG, zie hieronder.

12. HvJ EG 3 september 2009, zaak C-489/07, *Messner*, n.n.g., r.o. 18-19.

13. HvJ EG 3 september 2009, zaak C-489/07, *Messner*, n.n.g., r.o. 20.

14. HvJ EG 3 september 2009, zaak C-489/07, *Messner*, n.n.g., r.o. 22.

15. HvJ EG 3 september 2009, zaak C-489/07, *Messner*, n.n.g., r.o. 23-24.

Zij beoogt de consument echter niet *meer* rechten te verlenen dan welke noodzakelijk zijn om het herroepingsrecht te kunnen uitoefenen. De richtlijn staat er daarom volgens het Hof in beginsel *niet* aan in de weg dat een lidstaat de consument verplicht tot het betalen van een billijke compenserende vergoeding in het geval de consument de op afstand gekochte zaak 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'.¹⁶ Het is de lidstaten echter niet toegestaan om de doeltreffendheid en effectiviteit van het herroepingsrecht te ondergraven. Dat zou, aldus het Hof, 'bijvoorbeeld het geval zijn, wanneer het bedrag van een compenserende vergoeding (...) 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'.¹⁷

Commentaar

Vergoeding bij gebruik, niet bij enkel uitproberen

De Richtlijn koop op afstand kent de consument de bevoegdheid toe om de koop op afstand te ontbinden zonder dat hij hiervoor een reden hoeft op te geven. Deze bevoegdheid, zo maakt het Hof duidelijk, hangt nadrukkelijk samen met het feit dat de koper voor contractsluiting de zaak niet heeft kunnen zien. Dat recht kan alleen dan effectief zijn indien de consument bij de uitoefening van het herroepingsrecht geen rekening behoeft te houden met andere kosten dan die voor het terugzenden van de zaak. De richtlijn brengt bovendien mee dat de consument de afgeleverde zaak moet kunnen keuren en uitproberen zonder dat hij hiervoor een vergoeding behoeft te betalen indien hij de overeenkomst ontbindt, zo oordeelt het Hof in rechtsoverweging 20. Dit impliceert in de eerste plaats dat de consument de zaak uit de verpakking moet kunnen halen. De verplichting om de zaak bij ontbinding terug te zenden in de oorspronkelijke verpakking¹⁸ is dan ook in strijd met de richtlijn. 'Uitproberen' veronderstelt ook dat de consument de zaak gedurende enige tijd moet kunnen gebruiken zonder dat hij hiervoor een vergoeding verschuldigd is indien hij de overeenkomst later ontbindt.¹⁹ Zo zal de koper van een kledingstuk dit mogen passen, maar zal de koper van een wasmachine deze ook aan moe-

ten kunnen zetten en zal de koper van een koffiezetapparaat daarmee een kop koffie mogen zetten.

Het Hof staat het lidstaten echter wel toe om hier grenzen aan te stellen: de lidstaten mogen de consument wel verplichten tot het betalen van een billijke compenserende vergoeding in het geval de consument de op afstand gekochte zaak 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'.²⁰ Dat brengt met zich dat het recht om de zaak uit te proberen begrensd wordt door de redelijkheid en billijkheid (goede trouw): het uitproberen mag niet verder gaan dan voor de consument noodzakelijk is om een goed oordeel te vormen over de geschiktheid van de gekochte zaak.

Wat betekent dit nu concreet? Mijns inziens dat de consument *meer* met de zaak mag doen dan wat gebruikelijk zou zijn in een gewone winkel. In een gewone winkel zal de consument zich tevreden moeten stellen met het openen van een deurtje en het bekloppen van het apparaat (of vaker nog: van een showmodel) en met het stellen van gerichte vragen aan de verkoper. De op afstand gekochte zaak mag hij blijkens het arrest van het Hof echter uitproberen. 'Uitproberen' veronderstelt in de eerste plaats dat de consument de zaak uit de verpakking moet kunnen halen en moet kunnen bekijken, maar in veel gevallen zal de koper de zaak ook moet kunnen gebruiken. De wasmachine of het koffiezetapparaat eenmalig gebruiken om te zien hoe de machine werkt en of de met het apparaat gezette koffie lekker is, of het installeren van televisiezetters op de net aangeschafte tv valt daar zonder meer onder; het dragen van een kledingstuk (in plaats van het alleen maar te passen) gaat echter over de grenzen van het uitproberen heen. Ook het gedurende de gehele bedenktijd gebruiken van de wasmachine, het koffiezetapparaat of de tv, terwijl de consument al weet dat hij de koopovereenkomst gaat ontbinden, is niet toegestaan. Gaat de consument wel door de zaak te gebruiken nadat de 'uitprobeerfase' is geëindigd en ontbindt hij nadien de koopovereenkomst alsnog, dan kan de verkoper een gebruiksvergoeding vorderen. De grondslag van een dergelijke vordering kan in twee verschillende regelingen worden gezocht. Voor de hand ligt een beroep te doen op de regeling van de ongerechtvaardigde verrijking (art. 6:212 BW), maar de verkoper kan ook stellen dat de koper de op artikel 6:2 BW berustende verbintenis om rekening te houden met de gerechtvaardigde belangen van de verkoper heeft geschonden. In beide gevallen krijgt de gebruiksvergoeding daarmee het karakter van een verbintenis tot schadevergoeding: bij de ongerechtvaardigde verrijking vloeit de vordering voort uit artikel 6:212 BW, bij de schending van de uit artikel 6:2 BW voortvloeiende verbintenis gaat het dan om een verbintenis tot schadevergoeding wegens wanprestatie (art. 6:74 BW).

Het Hof geeft nog twee vingerwijzingen voor de nationale rechter. In de eerste plaats zal de door de consument te betalen gebruiksvergoeding wel in verhouding moeten staan met de koopprijs: het moet niet zo zijn dat het her-

16. HvJ EG 3 september 2009, zaak C-489/07, *Messner*, n.n.g., r.o. 25-26.

17. HvJ EG 3 september 2009, zaak C-489/07, *Messner*, n.n.g., r.o. 27.

18. Zoals door sommige ondernemers wel wordt geëist, vgl. M.B.M. Loos, 'Herziening van het Europese consumentenrecht', deel I, *NTER* 2008/1.

19. Anders dan wel wordt verondersteld, is dus geen sprake van (enkel) een zichttermijn. Zie voor een tegengestelde opvatting de website van de Nederlandse brancheorganisatie Thuiswinkel.org, onder 'Vragen en klachten', te vinden op <http://www.thuiswinkel.org/consumenten/vragen_en_klachten.aspx?id=7590&subnavid=1&categorie=consumenten&sub=rechtenplichten&vraagid=7580#7580> (laatstelijk gecontroleerd op 4 november 2009).

20. HvJ EG 3 september 2009, zaak C-489/07, *Messner*, n.n.g., r.o. 25-26.

roepingsrecht illusoir wordt doordat de gebruiksvergoeding (bijna) gelijk of zelfs hoger wordt aan de koopprijs, zoals het geval was in de *Messner*-zaak.²¹ Daarbij dient te worden bedacht dat de verkoper het in zijn eigen macht heeft om de duur van de bedenktijd beperkt te houden tot zeven werkdagen door wel te voldoen aan de wettelijke informatieverplichtingen,²² en daarmee om de mogelijkheid tot 'gebruik' (men zou ook kunnen zeggen: tot misbruik) van de zaak ook tot een minimum te beperken.

De tweede vingerwijzing van het Hof betreft de bewijslastverdeling ten aanzien van de vraag of het gebruik dat de consument van de zaak heeft gemaakt, te kwalificeren is als 'uitproberen' dan wel als 'misbruik': het Hof geeft uitdrukkelijk aan dat de bewijslast van het 'gebruik' op de verkoper dient te rusten. Dat brengt mee dat in twijfelgevallen de consument de dans ontspringt. In de praktijk zal de consument die de zaak gedurende de 'gewone' bedenktijd heeft gebruikt, dan ook waarschijnlijk niet hoeven vrezen voor een gebruiksvergoeding; voor zover de bedenktijd echter verlengd is wegens de schending van de informatieplicht ligt dat anders: in die situatie ligt het juist voor de hand dat van enkel 'uitproberen' geen sprake meer is. Complicerende factor in die situatie is echter dat indien de koper niet op de hoogte was van het bestaan van de bedenktijd omdat de verkoper had nagelaten hem hierover te informeren, hij zijn gedrag ook niet kan afstemmen op de belangen van de verkoper. Van een schending van de verplichting om rekening te houden met diens belangen kan in dat geval dan ook niet gesproken worden. A-G Trstenjak merkt dan ook op dat in een situatie als deze een gebruiksvergoeding niet gepast is.²³ Zij wijst in dit verband uitdrukkelijk op de bepaling van artikel II.-5:105 lid 5 DCFR. Volgens deze bepaling is de consument gehouden om een waardevergoeding te betalen voor de waardevermindering van de zaak die het gevolg is van gebruik van de zaak, tenzij hij niet op de hoogte is gebracht van het bestaan van zijn herroepingsrecht.²⁴ Zo beredeneerd kan een gebruiksvergoeding wel op zijn plaats zijn indien de bedenktijd is verlengd vanwege de schending van een andere informatieplicht, aangezien de consument dan wel

rekening had kunnen en dus moeten houden met de belangen van de verkoper.

De verhouding tussen *Quelle* en *Messner*

Hoe verhouden de beslissingen van het Hof in de arresten *Quelle* en *Messner* zich nu tot elkaar? In het *Quelle*-arrest oordeelde het Hof dat de Richtlijn consumentenkoop zich verzet tegen het verlangen van een vergoeding voor het gebruik van de zaak in het geval deze zaak niet aan de overeenkomst beantwoordde en om die reden door de verkoper vervangen dient te worden. Daarbij achtte het Hof het relevant dat in de richtlijn op tweeërlei wijze rekening wordt gehouden met de gerechtvaardigde belangen van de verkoper: in de eerste plaats geldt de verplichting tot vervanging (of herstel) volgens artikel 5 lid 1 van de richtlijn slechts gedurende de eerste twee jaar na aflevering, in de tweede plaats kan de verkoper weigeren om over te gaan tot (herstel of) vervanging indien die remedie voor hem 'onredelijke kosten' met zich zou brengen, vergeleken met de kosten voor de uitvoering van een andere remedie.²⁵ De tweede omstandigheid is neergelegd in artikel 7:21 lid 4 en 5 BW: de koper heeft geen recht op herstel of vervanging indien herstel of vervanging onmogelijk is of, gezien de daaraan verbonden kosten, niet van hem gevergd kan worden. De beperking van de rechten van de koper bij non-conformiteit tot twee jaar kent het Nederlandse recht echter niet: de verkoper kan bij duurzame gebruiksgoederen ook na langere tijd nog geconfronteerd worden met een vordering wegens non-conformiteit, indien hij er bij het sluiten van de overeenkomst van uit mocht gaan dat de zaak gedurende die langere tijd nog geschikt voor gebruik zou zijn.²⁶ Ook zonder die beperking kan echter op voldoende wijze rekening worden gehouden met de belangen van de verkoper: aangezien hij geen gebruiksvergoeding mag verlangen, zal kosteloos herstel of vervanging al snel niet meer van hem kunnen worden gevergd als er veel tijd is verstreken tussen het moment van aflevering en het moment waarop het gebrek wordt ontdekt.²⁷

Bij het *Messner*-arrest oordeelde het Hof dat ook bij de ontbinding tijdens de bedenktijd in beginsel geen gebruiksvergoeding verschuldigd is. Advocaat-generaal Trstenjak stelt in haar conclusie voor het arrest dat de verkoper zijn belangen zelf goed moet behartigen door in zijn prijsstelling rekening te houden met een bepaald percentage van terugzendingen, terwijl ook de richtlijn rekening houdt met de belangen van de verkoper door de bedenktijd beperkt te houden tot zeven werkdagen.²⁸ Anders dan in het *Quelle*-arrest geeft het Hof in *Messner* echter aan dat een dergelijke vergoeding wel tot de mogelijkheden behoort indien de consument de op afstand gekochte zaak heeft gebruikt 'op een wijze die onverenig-

21. Het lijkt mij overigens ook niet goed te verdedigen om de hoogte van de gebruiksvergoeding te relateren aan de marktprijs voor de huur van een vergelijkbare zaak, zoals de verkoper trachtte in de *Messner*-zaak: partijen hebben nu juist *niet* bedoeld om een huurovereenkomst te sluiten.

22. Voor overeenkomsten met ondernemingen die zijn aangesloten bij brancheorganisatie Thuiswinkel.org geldt een termijn van veertien kalenderdagen, zie <http://www.thuiswinkel.org/consumenten/vragen_en_klachten.aspx?id=7590&subnavid=1&categorie=consumenten&sub=rechtenplichten&vraagid=7580#7580> (laatstelijk gecontroleerd op 4 november 2009). Die termijn is ook opgenomen in het voorstel voor een Richtlijn consumentenrecht, zie art. 12 lid 1 voorstel voor een Richtlijn consumentenrecht (Voorstel voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende consumentenrechten van 8 oktober 2008, COM (2008) 614/4). Het voorstel kan worden gedownload via <http://ec.europa.eu/consumers/rights/docs/COMM_PDF_COM_2008_0614_F_NL_PROPOSITION_DE_DIRECTIVE.pdf> (laatstelijk gecontroleerd op 4 november 2009).

23. Conclusie van A-G Trstenjak, zaak C-489/07, *Messner*, n.n.g., nr. 92-94.

24. Vgl. art. II.-5:105 lid 5 DCFR, te vinden in Chr. Von Bar e.a. (red.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (Outline edition)*, Munich: Sellier European law publishers 2009.

25. HvJ EG 17 april 2008, zaak C-404/06, *Quelle AG*, *Jur.* 2008, p. 1-2685, r.o. 42.

26. Opmerking verdient overigens dat ook de professionele koper in dat geval nog rechten kan doen gelden: de ruimere toepassing van de conformiteitsart. 7:17 BW geldt voor alle koopovereenkomsten, ongeacht de hoedanigheid van partijen. Vgl. ook Mak, *NTER* 2009/1, p. 37.

27. Zo ook Mak, *NTER* 2009/1, p. 37; vgl. ook de annotatie van Mok onder het arrest in *NJ* 2008, 382.

28. Conclusie van A-G Trstenjak, zaak C-489/07, *Messner*, n.n.g., nr. 83-84.

baar is met de beginselen van burgerlijk recht, zoals die van de goede trouw of van de ongerechtvaardigde verrijking'.²⁹ Het verschil in uitkomst tussen beide zaken is te verklaren door het feit dat het probleem bij vervanging of ontbinding wegens non-conformiteit ontstaat doordat de *verkoper* tekort schiet in de nakoming van zijn verbintenis om een aan de overeenkomst beantwoordende zaak af te leveren, terwijl bij de ontbinding tijdens de bedenktijd van een tekortkoming geen sprake is en de ontbinding derhalve uitsluitend is toe te rekenen aan een beslissing van de *koper*. Dat impliceert dat een genuanceerdere aanpak bij op afstand gesloten koopovereenkomsten wel voor de hand ligt. Wanneer de koper in strijd handelt met de goede trouw door de zaak te blijven gebruiken, maar vervolgens toch gebruik maakt van zijn ontbindingsbevoegdheid, zou – zoals hierboven is betoogd – kunnen worden gesteld dat de koper in strijd handelt met de op hem rustende verbintenis om rekening te houden met de gerechtvaardigde belangen van de verkoper (vgl. art. 6:2 BW).

Besluit

Het uitgangspunt in zowel het *Quelle*- als het *Messner*-arrest is dat de verkoper geen recht heeft op betaling van een gebruiksvergoeding. Het ligt daarmee voor de hand dat hetzelfde zou gelden indien de koopovereenkomst wordt ontbonden wegens non-conformiteit en de zaak om die reden moet worden geretourneerd aan de verkoper. De overeenkomsten tussen het *Quelle*- en het *Messner*-arrest zijn daarmee opvallender dan de verschillen. Vanuit de gedachte dat het Hof ook een rechtsvormende taak heeft zou het opmerkelijk kunnen worden geoordeeld dat het Hof (ook) in het *Messner*-arrest met geen woord rept over de bepalingen van de DCFR, die toch mede bedoeld zijn om richting te geven aan de Europese wetgeving en rechtspraak, en evenmin over de overeenkomstige regeling in de voorgestelde richtlijn consumentenrecht. Dat geldt te meer nu beide regelingen juist op dit punt een regel bevatten die nadere ondersteuning zouden kunnen bieden voor de beslissing van het Hof.³⁰ In haar conclusie voor het arrest gaat A-G Trstenjak wel in op een aantal bepalingen uit de DCFR. Veel waarde moet daar echter niet aan worden gehecht, aldus de A-G zelf, aangezien zowel de voorgestelde Richtlijn consumentenrechten als de DCFR 'louter voorstellen zijn'. Bovendien zou de regeling van de DCFR – die afwijkt van de opvatting die de A-G voorstaat – in de praktijk leiden tot complexe afbakeningsproblemen tussen controleren/proberen en gebruik, hetgeen nadelig is voor de rechtszekerheid.³¹ Laat nu net dat onderscheid centraal staan in het arrest van het Hof... Vanuit dat perspectief is het te betreuren dat het Hof zich beperkt tot het bestaande (positieve) recht in plaats van te anticiperen op (en daarmee richting te geven aan) mogelijke toekomstige ontwikkelingen. Dat lijkt een gemiste kans, maar als de DCFR 'op de achter-

grond' wordt meegewogen door het Hof, vervult deze toch het doel waarvoor zij is ontworpen.

29. HvJ EG 3 september 2009, zaak C-489/07, *Messner*, n.n.g., r.o. 25-26.

30. Vgl. art. II.-5:105 lid 4 en 5 DCFR en art. 17 lid 2 van het voorstel voor een Richtlijn consumentenrechten.

31. Conclusie van Advocaat-Generaal Trstenjak, zaak C-489/07, *Messner*, n.n.g., nr. 85.