

Nadere vormgeving van de bescherming van Richtlijn 1999/44/EG

Dr. M.Y. Schaub*

Indien een non-conforme zaak door de verkoper wordt vervangen, zijn er naast de kosten van de vervangende zaak extra kostenposten, zoals verwijderingskosten van de non-conforme zaak en installatiekosten van de nieuwe zaak. In deze uitspraak bepaalt het Hof van Justitie dat de verkoper die kosten dient te dragen, ook als de tekortkoming niet toerekenbaar is. Uit de uitspraak volgt verder dat artikel 7:21 lid 5 BW in strijd lijkt te zijn met Richtlijn 1999/44/EC (Richtlijn consumentenkoop).

HvJ EG 16 juni 2011, gevoegde zaken C-65/09 Gebr. Weber GmbH/Jürgen Wittmer en C-87/09 Ingrid Putz/Medianess Electronics GmbH, n.n.g.

Inleiding

Artikel 3 lid 2 Richtlijn 1999/44/EG (de Richtlijn consumentenkoop) geeft weer welke remedies de consument heeft in geval sprake is van non-conformiteit bij een consumentenkoop. Dat is in de eerste plaats kosteloze vervanging of herstel, ofwel nakoming. Indien vervanging of herstel onmogelijk of buiten verhouding is, dan heeft de consument in de tweede plaats recht op prijsvermindering of ontbinding. Deze zogenoemde hiërarchie van remedies is overgenomen in artikel 7:21 BW.¹ Eerder heeft het Hof van Justitie al beslist dat kosteloze vervanging betekent dat de consument geen vergoeding hoeft te betalen voor het gebruik dat hij heeft gemaakt van de non-conforme zaak voordat deze werd vervan-

gen.² In de onderhavige uitspraak beslist het Hof van Justitie over de kosten van het verwijderen van de non-conforme zaak en het installeren van de nieuwe zaak. Deze kosten komen voor rekening van de verkoper, ongeacht of de tekortkoming kan worden toegerekend. De contouren van de (vergaande) bescherming die de consument aan de Richtlijn consumentenkoop kan ontleenen, worden met deze uitspraak scherper.

Deze zaak raakt aan aspecten die op het eerste gezicht niet binnen de reikwijdte van de richtlijn leken te liggen, namelijk de toerekening van bepaalde schadeposten aan verkopers bij nakomingsvorderingen naar aanleiding van non-conformiteit. Het draaide hier om de remedie vervanging, maar hetzelfde zal gelden voor herstel en mogelijk zelfs voor ontbinding. Daarnaast gaat de zaak over de (al dan niet vrije) keuze voor bepaalde remedies. De uitspraak past in een reeks van uitspraken waarin het Hof van Justitie de uitvoering van remedies op grond van richtlijnbevestigingen op een voor de consument gunstige wijze heeft uitgelegd.

Feiten en procesverloop

De uitspraak betreft twee gevoegde zaken. De zaak tussen Weber en Wittmer gaat om een consument die een tegelvloer heeft aangeschaft voor een prijs van € 1382,27. Wanneer de vloer vervolgens voor tweederde is betegeld, valt het de koper op dat er donkere vlekken in de tegels zitten. De vlekken blijken sporen te zijn van micro-polijsting die niet verwijderd kunnen worden. Daarmee staat vast dat de tegels non-conform zijn en niet hersteld kunnen worden. Koper vordert daarop niet alleen vervanging van de tegels, maar ook de kosten van verwijderen van de oude en het leggen van de nieuwe tegels, totaal € 5830,57.

* Dr. M.Y. Schaub is docent en onderzoeker aan het Molengraaff Instituut voor Privaatrecht, Universiteit Utrecht.

1. Het was mogelijk geweest om deze hiërarchie niet over te nemen, omdat de richtlijn minimumharmonisatie voorschrijft, vergelijk art. 8 lid 2 Richtlijn 1999/44/EG. Afwijkingen die meer bescherming bieden aan de consument zijn toegestaan, maar daar is op dit punt niet voor gekozen.

2. HvJ EG 17 april 2008, zaak C-404/06, *Quelle AG/Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände*, Jur. 2008, p. I-02685. Over deze zaak zie V. Mak, "‘Kosteloze’ vervanging bij non-conformiteit: is de consument een vergoeding verschuldigd voor het genoten gebruik van een gebrekkige zaak?", *NTER* 2009/1, p. 34-40.

De verkoper weigert de extra kostenposten voor zijn rekening te nemen. Nadat de Duitse rechter in eerste aanleg de vorderingen van de consument voor het grootste deel afwijst, krijgt de consument in hoger beroep zijn zin. De verkoper wordt veroordeeld tot levering van nieuwe tegels en betaling van € 2.122,37 voor de verwijdering van de oude en de verwerking van de nieuwe tegels. Het *Bundesgerichtshof* vraagt zich vervolgens af of de verkoper de vervanging mag weigeren op grond van de omstandigheid dat de kosten buiten verhouding zijn. Richtlijn 1999/44/EG geeft in artikel 3 lid 3 immers aan dat de verkoper onder bepaalde omstandigheden vervanging of herstel mag weigeren.

De zaak *Putz/Medianess* heeft een vergelijkbaar feitencomplex, maar dan met betrekking tot een vaatwasser. Een consument heeft een vaatwasser gekocht en deze wordt (zoals afgesproken) aan de voordeur geleverd. Na installatie door de consument bleek dat de vaatwasser een gebrek had. Het gebrek kon niet worden hersteld. De verkoper is bereid een vervangende machine te leveren, maar weigert de door de consument gevorderde kosten voor het verwijderen van de oude machine en de installatie van de nieuwe te betalen. De consument ontbindt daarop de koopovereenkomst en vordert bij de rechter teruggave van de koopsom.

De Duitse rechter in eerste aanleg signaleert dat de vraag of de consument had mogen ontbinden afhangt van de vraag of hij de extra kostenposten van de verkoper mocht vorderen. Vervolgens merkt deze rechter op dat naar Duits recht, indien er geen fout is aan de zijde van de verkoper, deze niet verplicht is de oude te verwijderen dan wel de kosten daarvoor te vergoeden. Met andere woorden de tekortkoming moet naar Duits recht toerekenbaar zijn wil de consument deze kosten vergoed krijgen. Maar de rechter is er niet zeker van of dit wel in lijn is met Richtlijn 1999/44/EG, aangezien deze richtlijn in artikel 3 lid 3 bepaalt dat de vervanging ‘zonder ernstige overlast’ dient plaats te vinden.

In beide zaken rijst bij de Duitse nationale rechterlijke instanties twijfel over de vraag welke rechten precies voortvloeien uit artikel 3 van Richtlijn 1999/44/EG. Door de prejudiciële vragen van deze instanties krijgt het Hof van Justitie de gelegenheid zich hierover uit te laten. Als eerste gaat het Hof van Justitie in op de vraag wie de kosten moet dragen voor verwijdering van de oude en de installatie van de nieuwe zaak, en als tweede op de vraag of de verkoper vervanging onder omstandigheden mag weigeren.

De uitspraak van het Hof van Justitie met betrekking tot de kosten van vervanging

Als gezegd, beslist het Hof van Justitie dat de verkoper bij vervanging van een non-conform goed verplicht is de non-conforme zaak te verwijderen en in de plaats waar het was geïnstalleerd een vervangingsgoed te installeren,

dan wel de kosten hiervoor te dragen. Of installatie onderdeel was van de koopovereenkomst doet hierbij niet ter zake. Het Hof van Justitie beslist hiermee in lijn met de beslissing in *Quelle*; de consument moet beschermd worden tegen het risico van financiële lasten die hem ervan zouden kunnen weerhouden dat hij zijn rechten te gelde maakt.³

Het Hof van Justitie ziet de kosten voor het verwijderen en de installatie als kosten die het gevolg zijn van de levering van een non-conform goed. Als deze kosten niet voor rekening van de verkoper zouden komen, dan zou de vervanging niet kosteloos zijn. De consument zou dan kosten hebben die hij niet gehad zou hebben als de verkoper de koopovereenkomst meteen juist had uitgevoerd.⁴

Artikel 3 lid 4 Richtlijn 1999/44/EG specificceert wat moet worden verstaan onder ‘kosteloos’, namelijk kosten die gemaakt moeten worden om goederen in overeenstemming te brengen, met name kosten van verzending, loon en materiaal. De bewoordingen ‘met name’ duiden erop dat het hier om een niet-limitatieve opsomming gaat.⁵

Volgens het Hof van Justitie houdt ‘kosteloos vervangen’ als bedoeld in deze bepaling in dat de consument in de situatie moet worden gebracht als ware de overeenkomst in één keer goed uitgevoerd. Vergelijk overweging 47:

‘...als de consument niet zou kunnen vorderen dat de verkoper de kosten voor verwijdering en installatie draagt, dan zou dit voor de consument financiële lasten veroorzaken die hij niet had hoeven dragen indien de verkoper de overeenkomst juist had uitgevoerd.’

In die zin ook overweging 57, waar het Hof van Justitie stelt dat het gerechtvaardigd is om de kosten bij de verkoper te leggen, nu deze kosten zouden zijn vermeden indien de verkoper zijn contractuele verbintenis meteen correct had uitgevoerd. Bovendien zijn de kosten nodig om het goed in overeenstemming te brengen met de koopovereenkomst.⁶

De grens tussen kosten voor vervanging en schadevergoeding

Een non-conforme zaak kan een scala aan kostenposten met zich meebrengen. In deze zaken ging het om verwijdering van de oude en installatie van de nieuwe goederen. Maar verschillende andere kostenposten kunnen zich aandienen. Gedacht kan worden aan de kosten voor het communiceren met de verkoper over de non-confor-

3. *Weber/Wittmer en Putz/Medianess*, par. 46.

4. *Weber/Wittmer en Putz/Medianess*, par. 47-49.

5. De opsomming is volgens het Hof van Justitie indicatief en niet limitatief, zie *Quelle*, par. 31.

6. *Weber/Wittmer en Putz/Medianess*, par. 57.

me zaak, zoals telefoonkosten en reiskosten van en naar de winkel. In het verlengde daarvan liggen de kosten voor gebruik van een vervangende zaak gedurende de tijd dat de non-conforme zaak wordt vervangen of hersteld; met name bij een auto of een telefoon is dit relevant. Weer in het verlengde daarvan liggen de schadeposten die door de non-conforme zaak zijn veroorzaakt, bijvoorbeeld de kleding die vernield is door de non-conforme wasmachine. Of nog een stap verder, immateriële schade, bijvoorbeeld een trouwdag die is verpest door de non-conforme trouwjurk.⁷

De uitspraak van het Hof van Justitie maakt dat het relevant wordt om onderscheid te maken tussen kosten die aan te merken zijn als kosten voor vervanging of herstel en kosten die daar niet onder vallen. De eerstgenoemde komen zonder meer voor rekening van de verkoper. Voor de overige kosten gelden de regels voor schadevergoeding bij non-conformiteit.

Schadevergoeding volgens het BW

Het Nederlandse recht kent het volgende systeem met betrekking tot schadevergoeding voor consumenten bij non-conformiteit. Op grond van artikel 7:24 lid 1 BW heeft de consument recht op schadevergoeding overeenkomstig de afdelingen 6.1.9 en 10 BW. Dat wil zeggen dat de eisen van artikel 6:74 BW van toepassing zijn. Schade kan op grond van deze bepaling worden vergoed voor zover de tekortkoming aan de verkoper toerekenbaar is.⁸

Indien het gaat om letselschade en schade aan zaken die niet bedrijfsmatig worden gebruikt, veroorzaakt door een veiligheidsgebrek in de non-conforme zaak, dient de consument zijn schade te vorderen bij de producent van de onveilige zaak. Dit volgt uit artikel 7:24 lid 2 jo. afdeling 6.3.3 BW (productaansprakelijkheid). Voor zover de schade niet bij de producent verhaald kan worden (bijvoorbeeld omdat het onder de franchise van 500 euro valt), kan de koper weer wel bij de verkoper terecht. Hetzelfde geldt indien de verkoper het veiligheidsgebrek kende of behoorde te kennen, of de afwezigheid van het gebrek heeft toegezegd.

Al met al een systeem dat niet op het eerste gezicht te doorgronden is voor de consument die zich geconfronteerd ziet met kostenposten als gevolg van een non-con-

forme zaak.⁹ Voor de consument zal niet altijd duidelijk zijn onder welke regels zijn kostenposten vallen.

Overigens zullen naar Nederlands recht, ook in geval het toerekeningsvereiste geldt, de kosten al snel voor rekening van de verkoper komen. In *Oerlemans/Driessen* heeft de Hoge Raad in het kader van een koop tussen twee professionele partijen geoordeeld dat de verkeersopvatting meebrengt dat de non-conformiteit al snel aan de verkoper toegerekend kan worden.¹⁰

Het ging in deze zaak om producten die de verkoper niet had vervaardigd en waarvan hij de non-conformiteit niet zelf kon vaststellen (dit kwam pas bij gebruik van de zaak aan het licht). De Hoge Raad oordeelde dat het gebrek (en de daardoor veroorzaakte schade) desondanks voor rekening van de verkoper komt, behoudens bijzondere omstandigheden die de verkoper aan dient te tonen. Nu toerekening in het kader van een koop tussen twee professionele partijen snel kan worden aangenomen, zal dit zeker bij een consumentenkoop het geval kunnen zijn.

De zaak *Pollen/Linssen Yachts*¹¹ geeft een illustratie van de verschillende schadeposten waar een consument zich mee geconfronteerd kan zien bij een non-conforme zaak. In deze zaak, met betrekking tot de koop van een plezierjacht dat non-conform blijkt, heeft de Hoge Raad geoordeeld dat de koper enig ongemak als gevolg van herstel van onvolkomenheden voor lief heeft te nemen. Het gedurende geringe tijd moeten missen van de gekochte zaak komt volgens deze uitspraak niet voor vergoeding in aanmerking, omdat ook een goed jacht wel eens aan wal ligt voor onderhoudswerkzaamheden.¹² Verder volgt uit deze zaak dat enkel schade die aan te merken is als vermogensschade voor vergoeding in aanmerking komt.

De Hoge Raad merkt op dat bij een gekochte zaak de kans bestaat dat deze niet meteen in alle opzichten onberispelijk functioneert, zodat de zaak eerst na herstel conform artikel 7:21 BW ten volle aan de overeenkomst zal beantwoorden. Gering gemis van het genot van de zaak komt niet voor vergoeding in aanmerking, ook al leidt dat geringe gemis tot grote ergernis.¹³ Kosten die zijn gemaakt in verband met gebreken van de zaak, zoals onderzoekskosten en kosten om de genotsderving te ondervangen of te beperken (denk aan de huur van een vervangend jacht) komen wel voor vergoeding in aanmerking.

Deze uitspraak betreft met name gederfd genot door gering gemis van de zaak. De vraag kan worden gesteld of deze uitspraak te verenigen is met de overweging van het Hof van Justitie dat de consument in de positie moet worden gebracht als ware de koopovereenkomst in één

7. Een voorbeeld van een zaak waar aanzienlijke schade werd geleden als gevolg van een tekortkoming van een huurovereenkomst met betrekking tot een rallymotor is HR 28 januari 2005, NJ 2008, 55 (*Burger/Brouwer Motors*). Over de vergoeding van de schade in deze zaak en *Pollen/Linssen Yachts*, met name de vraag welke kosten voor vergoeding in aanmerking komen en welke niet, zie A.L.M. Keirse, 'De boot gemist', *Contracteren* 2009/2, p. 33-39.

8. Zie over het toerekenbaarheidsvereiste: HR 9 januari 1998, NJ 1998, 272 (*Brok/Huberts*), HR 28 januari 2005, NJ 2008, 55 (*Burger/Brouwer Motors*) en HR 5 december 2008, LJN BF1042 (*Pollen/Linssen Yachts*).

9. Over dit stelsel van remedies zie M.B.M. Loos, *Consumentenkoop, Monografieën Nieuw BW*, Deventer: Kluwer 2004, p. 64 e.v. Hij signaleert dat het opmerkelijk is dat de niet-consument hier in een betere positie lijkt te zijn, omdat deze zich voor alle posten zowel tot de verkoper als de producent kan wenden.

10. HR 27 april 2001, NJ 2002, 213 (*Oerlemans/Driessen*). Zie ook PG boek 7, p. 236-237.

11. HR 5 december 2008, LJN BF1042 (*Pollen/Linssen Yachts*).

12. *Pollen/Linssen Yachts*, overweging 3.8.

13. *Pollen/Linssen Yachts*, overweging 3.7.

keer goed uitgevoerd. Het Hof van Justitie heeft zich echter niet hoeven uitlaten over de vergoeding van genotsderving, zodat de uitspraak van de Hoge Raad vooralsnog niet in strijd komt met het Europese recht. Hoe dan ook, behoudens de kosten die bij de producent gevorderd moeten worden, zal de verkoper al snel voor de vermogensschade van de consument moeten opdraaien. En als de kosten te kwalificeren zijn als kosten voor vervanging of herstel, hoeft de verkoper niet eens meer de moeite te nemen om zich te verweren met een beroep op het toerekeningsvereiste.¹⁴

Contractueel nader vormgeven van de rechten van de consument

Had de consument de zaken voor het installeren moeten controleren? Dit was in het geval van de vaatwasser niet mogelijk, het gebrek kwam daar pas aan het licht toen de machine was geïnstalleerd en in gebruik werd genomen. Maar dit was bij de tegels wel mogelijk geweest, al zijn subtiele afwijkingen van tegels wellicht pas goed zichtbaar als de tegels (voor een deel) al in de vloer liggen. Een belangrijke vraag aan de kant van de verkoper die hiermee samenhangt, is of aan de uitoefening van de rechten door de consument nader vorm kan worden gegeven in de koopovereenkomst. Bijvoorbeeld door in de overeenkomst op te nemen dat de consument de tegels moet controleren voordat hij ze legt of laat leggen. In overweging 56 van de onderhavige uitspraak geeft het Hof van Justitie aan dat het redelijk is om de verkoper voor de kosten op te laten draaien, nu de consument van zijn kant aan de contractuele plichten heeft voldaan (in casu: betalen van de koopprijs). De koper van de tegels en de koper van de vaatwasser kon in deze zaken niet worden verweten dat ze op de conformiteit van het geleverde goed hadden vertrouwd en vóór de ontdekking van het gebrek, te goeder trouw, de zaak (deels) hadden geïnstalleerd.

Dat lijkt te impliceren dat indien in de koopovereenkomst is opgenomen dat de consument verplicht is om vóór installatie de geleverde zaak op zichtbare gebreken te controleren, de verkoper met betrekking tot die gebreken niet voor (alle) kosten aansprakelijk kan worden gesteld. Dan kan immers niet langer gezegd worden dat de consument aan zijn contractuele plichten heeft voldaan. Gedacht kan ook worden aan een waarschuwing op de verpakking van de tegels dat de consument voor het leggen de tegels dient te controleren. Of hierover in de onderhavige zaak iets was afgesproken of iets

op de verpakking was vermeld komt in de uitspraak niet naar voren.

Geen onderzoeksplicht aan de zijde van de consument in de richtlijn of het BW

Artikel 3 lid 1 Richtlijn 1999/44/EG stelt dat de verkoper aansprakelijk is voor elk gebrek aan overeenstemming van de verkochte goederen. Van de bepalingen van Richtlijn 1999/44/EG (en daarmee de bepalingen van het BW die de richtlijn implementeren) kan niet ten nadele van de consument worden afgeweken.¹⁵ Dat betekent dat de verkoper zijn aansprakelijkheid voor non-conformiteit niet kan uitsluiten of beperken. De richtlijn bevat echter geen bepalingen over het controleren van het goed bij of na de aflevering.¹⁶

Wel volgt uit artikel 7:21 lid 1 sub c BW dat de koper geen vervanging meer mag vorderen als de zaak teniet of achteruit is gegaan doordat de koper niet als een zorgvuldig schuldenaar met de zaak is omgegaan vanaf het moment dat hij rekening moest houden met de vervanging. Deze bepaling is niet van toepassing, als ervan uit wordt gegaan dat pas op het moment dat de koper de vlekken in de tegels ontdekte, hij rekening moest houden met vervanging. Volgens het Hof van Justitie mochten de consumenten in deze zaken vertrouwen op de conformiteit van de zaken. De meeste tegels zaten er al in toen het gebrek werd ontdekt, kennelijk vielen de vlekken niet meteen op.

Nu zowel de richtlijn als het Hof van Justitie over het controleren van de goederen bij aflevering zwijgt, lijkt het erop dat hier nadere invulling aan kan worden gegeven, bijvoorbeeld door de nationale wetgever, of door middel van contractsbepalingen in de consumentenkoopovereenkomst. Maar hoe ver dit kan gaan, in het licht van de dwingendrechtelijke aard van de richtlijn, is onduidelijk.

Geen vrije keuze van remedies

De tweede vraag waar het Hof van Justitie zich over buigt, is de vraag of de verkoper de vervanging kan weigeren op grond van het feit dat dit hem onevenredig veel zou kosten. Deze vraag hangt samen met de al dan niet vrije keuze voor remedies door de betrokken partijen bij de koopovereenkomst.

14. Het Hof van Justitie acht de belangen van de verkoper voldoende beschermd door de in Richtlijn 1999/44/EG neergelegde verjaringstermijn van twee jaar en het recht van de verkoper om verhaal te nemen op zijn leverancier, zie par. 58. Aangezien de richtlijn minimumharmonisatie behelst, is de korte verjaringstermijn niet in alle lidstaten opgenomen. Nederland heeft deze termijn niet overgenomen.

15. Art. 7 Richtlijn 1999/44/EG, art. 7:6 BW.

16. Ook de klachttermijn van art. 7:23 lid 1 BW bevat geen onderzoeksplicht voor de consument. De consument dient ingevolge deze bepaling bij de verkoper te klagen binnen bekwame tijd nadat hij het gebrek heeft ontdekt. In tegenstelling tot de niet-consument, die moet klagen binnen bekwame tijd na ontdekking of nadat hij redelijkerwijs had behoren te ontdekken.

In geval van non-conformiteit zijn doorgaans meerdere remedies mogelijk. Maar de richtlijn schrijft hier een bepaalde volgorde voor. Vervanging en herstel, welke neerkomen op nakomingsvorderingen, staan voorop. Ontbinding of prijsvermindering is pas mogelijk als vervanging of herstel niet mogelijk is of als de verkoper niet binnen redelijke termijn of zonder ernstige overlast hierin voorziet.¹⁷ Hoewel hier op grond van het minimumkarakter van de richtlijn van afgeweken had kunnen worden is dit overgenomen in het BW, vergelijk artikel 7:22 lid 2 BW. De consument die eigenlijk liever geld terug heeft, zal dus toch genoeg moeten nemen met vervanging of herstel.

Indien zowel vervanging als herstel mogelijk is, dan geldt op grond van artikel 3 lid 3 Richtlijn 1999/44/EG dat de verkoper onder omstandigheden de vordering waar de consument voor kiest mag weigeren en het alternatief mag aanbieden. Als herstel namelijk onevenredig lastig of duur is, dan kan de verkoper herstel weigeren en vervanging aanbieden (en andersom). Volgens het BW geldt op dit punt dat herstel gevorderd kan worden als de verkoper hier redelijkerwijs aan kan voldoen. Vervanging kan gevorderd worden, tenzij de afwijking te gering is om dit te rechtvaardigen.¹⁸

De uitspraak van het Hof met betrekking tot de weigering van vervanging

346

In de gevallen *Weber/Wittmer* en *Putz/Medianess* was herstel niet mogelijk. Artikel 3 lid 3 gaat dan volgens het Hof van Justitie in zijn geheel niet op. Met andere woorden, de verkoper kan vervolgens niet vervanging weigeren omdat dit onevenredig veel zou kosten in verhouding tot ontbinding. Nu herstel niet mogelijk is, vormt vervanging volgens het Hof van Justitie de enige mogelijke vorm van genoegdoening. Het Hof van Justitie hecht sterk aan het instandhouden van de contractuele relatie. Ontbinding en prijsvermindering bieden volgens het Hof van Justitie geen vergelijkbare bescherming aan de consument.

De verkoper van de tegels had in dit verband naar voren gebracht dat de richtlijn niet de bedoeling kan hebben om de verkoper te verplichten economisch onredelijke kosten te dragen.¹⁹ Dit kan volgens de verkoper worden afgeleid uit artikel 3 lid 3 van de richtlijn; het doel van de bepaling is de verkoper te beschermen tegen onredelijke economische lasten.²⁰

Volgens het Hof van Justitie ziet de bepaling echter enkel op de relatieve onevenredigheid.²¹ Hoewel uit de

eerste zin opgemaakt zou kunnen worden dat ook absolute onevenredigheid (dus ook de verhouding met de andere remedies) onder artikel 3 lid 3 zou kunnen vallen, volgt volgens het Hof van Justitie uit de tweede zin dat dit niet de bedoeling is. De bepaling ziet enkel op een onevenredigheidstoets ten opzichte van de andere nakomingsvordering.

Voor het Nederlandse recht betekent dit dat artikel 7:21 lid 5 BW in strijd met de richtlijn is. Deze bepaling luidt als volgt:

‘Herstel en vervanging kan bij een consumentenkoop van de verkoper niet gevegd worden indien de kosten daarvan in geen verhouding staan tot de kosten van uitoefening van een ander recht of een andere vordering die de koper toekomt, gelet op de waarde van de zaak indien zij aan de overeenkomst zou beantwoorden, de mate van afwijking van het overeengekomene en de vraag of de uitoefening van een ander recht of een andere vordering geen ernstige overlast voor de koper veroorzaakt.’

Uit de woorden ‘een ander recht of een andere vordering’ in deze bepaling, volgt dat de Nederlandse wet (evenals de Duitse) uitgaat van absolute onevenredigheid. Dat wil zeggen onevenredig in verhouding tot alle andere beschikbare remedies. Zoals nu blijkt, is dat niet de bedoeling. De Nederlandse rechter zal, totdat er een eventuele wetswijziging plaatsvindt die de bepaling aan de uitspraak aanpast, artikel 7:21 lid 5 BW moeten interpreteren in het licht van de richtlijn, zodat de door het Hof van Justitie beoogde uitleg aan de bepaling wordt gegeven.²²

Prijsvermindering en ontbinding als subsidiaire remedies

Het Hof van Justitie benadrukt in dit kader dat prijsvermindering en ontbinding subsidiaire middelen zijn die de belangen van de consument over het algemeen niet op dezelfde wijze kunnen beschermen als vervanging of herstel. De opzet van artikel 3 van Richtlijn 1999/44/EG is volgens het Hof van Justitie dat voorrang wordt gegeven aan het behoud van de wederkerigheid van de uit de koopovereenkomst voortvloeiende verbintenissen. Daarbij wordt nog opgemerkt dat de richtlijn in het belang van beide partijen de uitvoering van de overeenkomst verkiest boven de ontbinding van de overeenkomst of prijsvermindering.²³

Deze stelling gaat mijns inziens niet altijd op. De consument die geconfronteerd wordt met een non-conform product wil in sommige gevallen liever helemaal niets

17. Art. 3 lid 5 Richtlijn 1999/44/EG.

18. Art. 7:21 lid 1 sub b en c BW.

19. Zo ook de Duitse en de Oostenrijkse regering, zie *Weber/Wittmer en Putz/Medianess*, par. 64.

20. *Weber/Wittmer en Putz/Medianess*, par. 64.

21. *Weber/Wittmer en Putz/Medianess*, par. 68. In die zin ook de Belgische, de Spaanse, de Poolse regering en de Commissie, zie par. 65.

22. Over de wijze waarop de rechter het door de richtlijn beoogde resultaat kan bereiken door middel van interpretatie van (naar nu blijkt) onjuiste implementatiewetgeving zie P. Rott, ‘The *Quelle* case and the potential of and limitations to interpretation in the light of the relevant directive’, *ERPL* 2008/6, p. 1119-1130.

23. *Weber/Wittmer en Putz/Medianess*, par. 72.

meer met de desbetreffende verkoper te maken hebben en kan daarom de voorkeur hebben voor (gedeeltelijke) ontbinding. Ontbinding en prijsvermindering bieden niet per definitie een lager niveau van consumentenbescherming. Vergelijk de situatie in Engeland, waar juist de vrije keuze van remedies gezien wordt als een wijze waarop de consument optimaal wordt beschermd. Ook voor de verkoper kan ontbinding veel gunstiger uitpakken.

De stellingname van het Hof van Justitie is verder opmerkelijk, omdat de richtlijn naast een hoog niveau van consumentenbescherming, ook de bedoeling heeft om een interne markt te realiseren waarbinnen consumenten en bedrijven uit verschillende lidstaten ongehinderd over landsgrenzen heen met elkaar zaken doen. Afhankelijk van de omstandigheden van het geval, geeft zowel koper als verkoper mogelijk de voorkeur aan ontbinding in plaats van vervanging of herstel. Bijvoorbeeld bij koopovereenkomsten op afstand kan het voor beide partijen handiger, sneller en goedkoper zijn als de overeenkomst (gedeeltelijk) wordt ontbonden.

Welk alternatief de beste bescherming biedt (en in het belang van beide partijen is), is afhankelijk van de omstandigheden van het geval, zoals de aard van het goed, de aard van het gebrek en de kosten. Ook de afstand tussen koper en verkoper kan hier een rol spelen.

Een vrije keus voor de consument tussen de verschillende remedies biedt een hoog niveau van bescherming, omdat de consument dan een voor zijn situatie passende oplossing kan kiezen. Anderzijds moet ook worden voorkomen dat onevenredige kosten gemaakt moeten worden aan de zijde van de verkoper, zodat een matigingsbevoegdheid van de rechter in de rede ligt.

Doordat het Hof van Justitie in deze zaken ten gunste van de consument beslist, wordt de consument een goede uitgangspositie geboden. De consument kan er altijd nog voor kiezen om zijn rechten op kosteloze vervanging niet door te zetten²⁴ en genoegen te nemen met een gedeeltelijke of gehele restitutie.

Beperken van de vergoeding door de rechter

Het Hof van Justitie verliest de economische belangen van de verkopers niet helemaal uit het oog. De richtlijn verzet zich er volgens het Hof van Justitie niet tegen dat het recht op vergoeding van de kosten voor verwijdering en installatie door de nationale rechter wordt beperkt tot een bedrag dat in verhouding staat tot de ernst van het gebrek.²⁵ Hierbij dient de rechter te kijken naar de ernst van het gebrek en naar de waarde van het goed zonder gebrek.²⁶ Deze matiging mag weer niet zo ver gaan dat

het recht van de consument in de praktijk wordt uitgehouden.

Vergelijk in die zin de uitspraak van het Hof van Justitie in *Messner* met betrekking tot de vergoeding van kosten bij uitoefening van het herroepingsrecht bij koop op afstand.²⁷ Het Hof van Justitie besliste in dat kader dat wanneer de consument in strijd met de billijkheid gebruik heeft gemaakt van de geleverde zaak, de consument kosten in rekening kunnen worden gebracht. Dit mag echter weer niet zover gaan dat de doeltreffendheid en de effectiviteit van de rechten van de consument worden doorkruist.²⁸

Wel moet de consument die met een matiging geconfronteerd wordt, volgens het Hof van Justitie alsnog de mogelijkheid krijgen om te kiezen voor prijsvermindering of ontbinding.²⁹ De consument zou immers ernstige overlast ervaren indien hij een gedeelte van de kosten voor vervanging of herstel zelf zou moeten dragen. Deze overweging steunt mijns inziens de gedachte dat vervanging en herstel niet altijd de in het belang van beide partijen te prefereren optie is.

Wat betekent de uitspraak voor ontbinding bij non-conformiteit?

Een vraag die nog open ligt, is hoe ontbinding en prijsvermindering precies uitgevoerd moeten worden. De uitspraak heeft enkel betrekking op de kostenposten bij vervanging en herstel. Het Hof van Justitie is niet gevraagd zich uit te laten over de kosten die kunnen rijzen in geval van ontbinding.

De term 'kosteloos' in Richtlijn 1999/44/EG slaat enkel op de remedies vervanging en herstel, zie artikel 3 lid 2 en artikel 3 lid 3 van de richtlijn. Waar het gaat over ontbinding staat er *sec* ontbinding en niets over de kosten.

In de zaken *Messner* en *Heine* heeft het Hof van Justitie zich uitgesproken over de kosten bij ontbinding, maar deze zaken gingen over ontbinding op grond van het herroepingsrecht uit Richtlijn 97/7/EG inzake koop op afstand. In deze richtlijn staat expliciet dat de consument die van dit recht gebruik maakt enkel de kosten voor het terugzenden van de zaak hoeft te betalen.³⁰

Betekent dit dat de ontbinding bij non-conformiteit voor de consument niet kosteloos hoeft plaats te vinden? Het Hof van Justitie gaat hier niet op in, maar de uitspraak nodigt wel uit tot gedachtevorming hierover.

Als de consument de koopovereenkomst met betrekking tot de vaatwasser ontbindt, moet hij dan zelf de kosten

24. Bijvoorbeeld wegens de hoogte van de griffiekosten.

25. *Weber/Wittmer en Putz/Medianess*, par. 74.

26. *Weber/Wittmer en Putz/Medianess*, par. 76.

27. HvJ EG 3 september 2009, zaak C-489/07, *Messner/Firma Stefan Krüger*. Over deze zaak zie M.B.M. Loos, 'De gebruiksvergoeding bij de ontbonden koop op afstand: het onderscheid tussen "gebruiken" en "uitproberen"', *NTER* 2010/1, p. 27-31.

28. *Messner/Firma Stefan Krüger*, par. 27.

29. *Weber/Wittmer en Putz/Medianess*, par. 77.

30. Art. 6 Richtlijn 97/7/EG.

dragen voor het de-installeren en teruggeven van de non-conforme zaak? Kan deze consument dan niet de kosten voor het aanvankelijk installeren van de non-conforme zaak zonder meer terugvorderen? En stel dat de koopovereenkomst in het geval van *Quelle* was ontbonden, had de koper dan wel een gebruiksvergoeding moeten betalen?

De vraag is relevant indien de remedies vervanging en herstel niet mogelijk zijn. Indien bij ontbinding wel kosten aan de koper berekend mogen worden, dan wordt ontbinden wel erg ongunstig in verhouding tot herstel en vervanging. Het kan dan voor verkopers de moeite lonen om aan te sturen op ontbinden, door te beweren dat herstel niet mogelijk is en de zaken ook niet meer leverbaar zijn. Er valt om die reden veel voor te zeggen om de term 'kosteloos' ook van toepassing te achten op ontbinding bij non-conformiteit.

Wat voor deze benadering spreekt, is dat het Hof van Justitie opmerkt dat uit de richtlijn en de voorbereidende werkzaamheden blijkt dat voor de wetgever van de Unie de kosteloosheid van het in overeenstemming brengen van het goed door de verkoper een wezenlijk element is van de door de richtlijn geboden bescherming. Het Hof van Justitie benadrukt verder, evenals in *Messner*, *Heine* en *Quelle*, dat de consument moet worden beschermd tegen het risico van financiële lasten die hem ervan zouden kunnen weerhouden zijn rechten geldend te maken. Kosteloos ontbinden, subsidiair aan kosteloos nakomen, ook al volgt dit niet letterlijk uit Richtlijn 1999/44/EG, past in deze lijn van het Hof van Justitie die erop neerkomt dat het de wil van de wetgever van de Unie is om de consument daadwerkelijk te beschermen.³¹

De vraag die dan rijst, is of de consument door de vergaande bescherming niet in een gunstiger positie komt dan waar hij krachtens de koopovereenkomst recht op had. Hij kan dan gedurende een bepaalde periode gratis gebruik maken van een product. Daar kan weer tegenover gesteld worden dat dit gerechtvaardigd wordt doordat de verkoper zijn verplichtingen niet is nagekomen en de consument gebruik heeft gemaakt van een non-conform product. Dit levert de consument ongemak op, in de zin dat hij zich zal moeten inspannen zijn rechten bij de verkoper te gelde te maken.

Ontbinden is echter niet hetzelfde als nakomen. Belangrijk verschil tussen ontbinden en nakomen is dat de consument na ontbinding het aankoopbedrag terugkrijgt terwijl de verkoper dit bedrag houdt in geval van vervanging of herstel. De richtlijn en het Hof van Justitie benaderen ontbinden ook niet op dezelfde wijze als vervanging of herstel. De richtlijn voorziet in de mogelijkheid van ontbinden of prijsvermindering als subsidiaire remedie na de primaire remedies vervanging en herstel. Het Hof van Justitie stelt zich op het standpunt dat deze remedie niet hetzelfde niveau van bescherming biedt.

Nu Richtlijn 1999/44/EG en het Hof van Justitie zwijgen met betrekking tot de wijze waarop ontbinding moet worden uitgeoefend, kan ervan uit worden gegaan dat

dit op grond van de bepalingen in het BW van nationale origine dient te worden uitgevoerd.³²

Blik vooruit: de nieuwe richtlijn consumentenrechten en het optionele instrument

Het oorspronkelijke voorstel voor een nieuwe richtlijn consumentenrechten gepubliceerd in oktober 2008, bevatte een regel voor de remedies bij non-conformiteit die in grote lijnen vergelijkbaar was met artikel 3 van Richtlijn 1999/44/EG.³³ Voor dit richtlijnvoorstel, met een breed bereik in combinatie met een maximumharmonisatiedoelstelling, kreeg men de handen niet op elkaar. Een ten opzichte van dit voorstel ingrijpend gewijzigde tekst voor een nieuwe richtlijn consumentenrechten is onlangs aangenomen.³⁴

Deze nieuwe richtlijn richt zich met name op overeenkomsten op afstand en buiten verkooppunten gesloten overeenkomsten en bevat nog slechts een enkele bepaling die ziet op de consumentenkoop in het algemeen. De regels met betrekking tot de remedies bij non-conformiteit zijn niet in de definitieve tekst teruggekomen. Richtlijn 1999/44/EG en de bijbehorende uitspraken van het Hof van Justitie blijven derhalve op dit punt onverminderd van kracht.³⁵

Naast deze (deels mislukte) herziening van een aantal richtlijnen met betrekking tot consumentenrechten, heeft de Europese wetgever het zogenoemde 'optionele instrument' voorgesteld. Dit initiatief beoogt een stelsel van Europese contractenrechtelijke regels in het leven te roepen als 28^e systeem naast de rechtstelsels van de lidstaten: een facultatief Europees contractenrecht. Dit voorgestelde optionele instrument met betrekking tot een gemeenschappelijk Europees kooprecht³⁶ bevat wel enige nadere regels over de uitoefening van remedies. Belangrijk verschil met Richtlijn 1999/44/EG is dat in het voorgestelde optionele instrument de consument de vrije keuze heeft tussen de remedies, maar met betrekking tot nakoming en schadevergoeding geldt een toerekeningsvereiste.³⁷ De nakoming dient kosteloos te geschieden, maar nakoming kan niet gevorderd worden indien dit disproportioneel zou zijn ten opzichte van het

31. *Weber/Wittmer en Putz/Medianess*, par. 52.

32. Over schadevergoeding bij een toerekenbare tekortkoming zie A.L.M. Keirse, 'De boot gemist', *Contracteren* 2009/2, p. 33-39.

33. Voorstel van de Europese Commissie voor een richtlijn betreffende consumentenrechten, COM(2008) 614 def, zie art. 26 van dit voorstel.

34. Op 10 oktober 2011 is de tekst van de nieuwe richtlijn vastgesteld, zie het persbericht van 10 oktober 2011, MEMO/11/675, te vinden via <www.europa.eu/rapid/>.

35. De nieuwe richtlijn bevat wel een uitgebreide regeling met betrekking tot de uitoefening en de gevolgen van het ontbindingsrecht in de bedenktijd, zie art. 12 tot en met 15 van de nieuwe richtlijn.

36. Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a common European sales law, COM(2011) 635 final. Beschikbaar via <www.ec.europa.eu/justice/contract/files/common_sales_law/regulation_sales_law_en.pdf>.

37. Zie art. 106 lid 1 jo lid 4 van het voorgestelde optionele instrument.

voordeel dat de koper zou behalen.³⁸ Bij vervanging dient de verkoper op zijn kosten het oude exemplaar te verwijderen en de koper hoeft hiervoor geen gebruiksvergoeding te betalen.³⁹

Tot slot

Het is van belang om kostenposten veroorzaakt door de non-conformiteit, te kwalificeren. Voor kosten van vervanging en herstel geldt op grond van de beslissing van het Hof van Justitie dat ze zonder meer voor rekening zijn van de verkoper. Voor andere kostenposten (voor zover ze niet bij de producent gevorderd moeten worden) geldt naar Nederlands recht het toerekeningsvereiste.

Het Hof van Justitie heeft zich (nog) niet hoeven uitlaten over de wijze waarop ontbinding bij non-conformiteit moet plaatsvinden. In lijn met de verschillende uitspraken van het Hof van Justitie over de uitoefening van consumentenrechten is denkbaar dat ook deze remedie kosteloos dient plaats te vinden. Dat wil zeggen: geen berekening van een gebruiksvergoeding en verwijdering van de non-conforme zaak ten laste van de verkoper, ook als het gebrek niet aan de verkoper is toe te rekenen. Mogelijk moet de consument zelfs de installatiekosten kunnen terugvorderen. Maar voorsnog zegt het Europese recht hier niets over. Zo is bijvoorbeeld niet vastgelegd of ontbinding betekent dat de consument in de positie moet worden gebracht als ware het contract nooit gesloten.

Andere vragen die nog altijd door de feitenrechter opgelost moeten worden zijn onder meer: onder welke omstandigheden mag de rechter de kostenvergoeding matigen? En wat is dan een passende beperking van de kosten bij de vervanging? Totaal niet meer dan 150 procent van de aankoopprijs? Dit is de drempel die door het *Bundesgerichtshof* werd gehanteerd om te beoordelen of in de zaak met betrekking tot de tegels sprake was van evenredigheid.⁴⁰

De consument moet in geval van matiging nog altijd de mogelijkheid worden geboden om te opteren voor ontbinding en prijsvermindering.⁴¹ Maar wat zou in plaats van vervanging of herstel in combinatie met een matiging van de kosten een passende prijsvermindering zijn? Dit soort vragen is zo sterk afhankelijk van de omstandigheden van het geval, dat het aan de nationale feitenrechter zal zijn om hier een weg in te zoeken.

38. Art. 110 van het voorgestelde optionele instrument.

39. Art. 112 van het voorgestelde optionele instrument.

40. *Weber/Wittmer en Putz/Medianess*, par. 21.

41. *Weber/Wittmer en Putz/Medianess*, par. 77.