



Datum van
inontvangstneming

:

26/09/2024

Geanonimiseerde versie

Vertaling

C-564/24 – 1

Zaak C-564/24

Verzoek om een prejudiciële beslissing

Datum van indiening:

20 augustus 2024

Verwijzende rechter:

Kammergericht (Duitsland)

Datum van de verwijzingsbeslissing:

9 april 2024

Verzoekster, verweerster in reconventie en appellante in hoger beroep:

Eisenberger Gerüstbau GmbH

Verweerster, verzoekster in reconventie en geïntimeerde in hoger beroep:

JK

Afschrift

Kammergericht

Zaaknummer: 21 U 61/23

[OMISSIS]

Beslissing

In het geding tussen

Eisenberger Gerüstbau GmbH, [OMISSIS] Eisenberg (Duitsland) [OMISSIS]
– verzoekster, verweerster in reconventie en appellante in hoger beroep –

[OMISSIS]

en

[OMISSIS] **JK**, [OMISSIS] München (Duitsland)
– verweerster, verzoekster in reconventie en geïntimeerde in hoger beroep –

[OMISSIS]

heeft de Eenentwintigste civiele kamer van het Kammergericht (hoogste rechterlijke instantie van de deelstaat Berlijn, Duitsland) [OMISSIS] op 9 april 2024 geoordeeld:

I. Het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: „Hof”) wordt verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vragen over de uitlegging van richtlijn 2011/83/EU, die een overeenkomst tussen een consument en een handelaar (hierna: „dienstverrichter” of „wederpartij van de consument”) betreffen, waarbij uitsluitend gebruik is gemaakt van middelen voor communicatie op afstand:

1. Is er ook sprake van een krachtens artikel 9, lid 1, van richtlijn 2011/83 herroepbare overeenkomst op afstand in de zin van artikel 2, punt 7, van richtlijn 2011/83, indien de consument vóór of bij het sluiten van de overeenkomst wordt bijgestaan door een handelaar aan wie hij, onafhankelijk van de dienstverrichter, een opdracht heeft gegeven?
2. Indien de eerste prejudiciële vraag door het Hof bevestigend wordt beantwoord:

Is er ook sprake van een krachtens artikel 9, lid 1, van richtlijn 2011/83 herroepbare overeenkomst op afstand in de zin van artikel 2, punt 7, van richtlijn 2011/83, indien aan een van de volgende aanvullende voorwaarden is voldaan:

- a) Het was de handelaar die de consument heeft bijgestaan op wiens initiatief het contact tussen de consument en de dienstverrichter tot stand is gekomen.
 - b) De handelaar die de consument heeft bijgestaan, heeft invloed uitgeoefend op wezenlijke onderdelen van de inhoud van de overeenkomst voordat deze is gesloten (zoals het opstellen van een bestek of het ter beschikking stellen van een conceptovereenkomst).
3. Indien er naar het oordeel van het Hof geen sprake is van een herroepbare overeenkomst op afstand in de gevallen als bedoeld in punten 1 en 2, onder a) of b):

Indien de partijen na het sluiten van die overeenkomst en wederom uitsluitend met gebruikmaking van middelen voor communicatie op afstand een andere overeenkomst sluiten die betrekking heeft op

aanvullende prestaties van de dienstverrichter die ten opzichte van de eerste overeenkomst van ondergeschikt belang zijn:

Is deze aanvullende overeenkomst op zichzelf een krachtens artikel 9, lid 1, van richtlijn 2011/83 herroepbare overeenkomst op afstand in de zin van artikel 2, punt 7, van richtlijn 2011/83 of is deze, net zoals de hoofdovereenkomst die zij aanvult, niet als overeenkomst op afstand herroepbaar?

4. Indien de consument zijn herroepingsrecht bij een herroepbare overeenkomst op afstand heeft uitgeoefend, nadat zijn wederpartij al prestaties heeft verricht:

Kan de consument ondanks artikel 14, lid 4, onder a), en lid 5, van richtlijn 2011/83 verplicht zijn om de handelaar de waarde van zijn prestatie in redelijke mate te vergoeden, indien een ander resultaat, gelet op alle omstandigheden van het individuele geval, misbruik van recht zou opleveren dan wel in strijd met de goede trouw zou zijn?

II. [OMISSIS]. [schorsing van de behandeling]

Motivering:

I. Feiten

Verzoekster vordert van verweerster vergoeding van steigerwerkzaamheden. Verweerster vordert van verzoekster terugbetaling van een reeds betaalde aanbetalings na de herroeping.

Verzoekster verhuurt bedrijfsmatig bouwsteigers, die zij voor haar klanten op de gewenste locaties opbouwt en ook weer afbreekt. Verweerster, die als ambtenaar van de federale overheid werkt, is eigenaar van een perceel grond in Berlijn (Duitsland) waarop een meergezinswoning met meerdere verdiepingen staat.

In 2020 heeft verweerster besloten om twee nieuwe verdiepingen met in totaal vier wooneenheden voor eigen woondoeleinden toe te voegen aan de bovenste verdieping van haar huis. Daartoe heeft zij een architect belast met de planning van en het toezicht op de bouwwerkzaamheden, die tevens bestekken voor de noodzakelijke werken moest opstellen, offertes bij gespecialiseerde bedrijven moest opvragen en vervolgens aan het sluiten van de overeenkomsten moest meewerken door het opstellen van conceptovereenkomsten. In deze hoedanigheid stuurde de architect verzoekster onder andere een bestek voor de steigerbouwwerkzaamheden (steigerwerk voor de gehele voor- en achterkant van het huis met volledige omsluiting van de voormalige zolder) met het verzoek om op basis daarvan een offerte op te stellen. Verzoekster heeft eenheidsprijzen en een geraamde totale prijs van 45 663,18 EUR bruto in het ontvangen bestek

aangegeven en het bestek op 24 april 2020 ondertekend en aan de architect teruggestuurd.

De architect heeft verzoekster geselecteerd als gespecialiseerd bedrijf voor de steigerwerkzaamheden. Hij heeft een overeenkomst opgesteld waarin naar de offerte van verzoekster van 24 april 2020 werd verwezen, en de conceptovereenkomst op 14 december 2020 per e-mail aan beide partijen verzonden; de overeenkomst bevatte geen informatie waarin stond dat verweerster het recht heeft om deze overeenkomst te herroepen. Verzoekster heeft de conceptovereenkomst nog op 14 december 2020, zonder wijzigingen aan te brengen, ondertekend en aan verweerster teruggestuurd. Verweerster heeft deze overeenkomst op 15 december 2020 ondertekend en het door beide partijen ondertekende exemplaar per post aan verzoekster teruggezonden.

In januari 2021 is verzoekster begonnen met het plaatsen van de steiger. Op 20 januari 2021 heeft verzoekster verweerster per e-mail een aanvullende offerte toegezonden voor twee extra laadplatforms voor in totaal 7 730 EUR bruto voor de montage, de demontage en het beschikbaar houden gedurende vier weken, vanaf de vijfde week te vermeerderen met een extra uurbedrag van in totaal 517,65 EUR bruto per week. Verweerster heeft deze aanvullende offerte ondertekend en op 22 januari 2021 per e-mail aan verzoekster teruggezonden.

Vanaf 26 januari 2021 heeft verzoekster de steiger aan verweerster voor gebruik ter beschikking gesteld. Deze werd vervolgens voor de geplande bouwwerkzaamheden aan het huis gebruikt. Tot eind mei 2021 betaalde verweerster uit hoofde van tussentijdse facturen van verzoekster een totaalbedrag van 95 937,84 EUR.

Bij brief van 7 december 2021 heeft verweerster ten opzichte van verzoekster haar wilsverklaringen tot het sluiten van de overeenkomst en ook de aanvullende overeenkomst herroepen, geweigerd verdere betalingen te verrichten en terugbetaling van haar aanbetalingen ten belope van 95 937,84 EUR gevorderd. In december waren alle door verweerster geplande bouwwerkzaamheden, waarvoor de steiger nodig was, voltooid. Op verzoek van verweerster is de steiger uiteindelijk op 20 december 2021 afgebroken.

Verzoekster heeft verweerster voor het Landgericht Berlin (rechter in eerste aanleg Berlijn, Duitsland) gedagvaard met het oog op de betaling van de volgens haar nog verschuldigde vergoeding van 101 000,25 EUR uit hoofde van de overeenkomst voor het steigerwerk. In het kader van deze procedure heeft verweerster een reconventionele vordering ingesteld tot terugbetaling van haar aanbetalingen ten belope van 95 937,84 EUR.

Bij vonnis van 19 mei 2023 heeft het Landgericht het beroep verworpen en de reconventionele vordering in haar geheel toegewezen. Verzoekster is tegen deze beslissing in hoger beroep gegaan. Hierover dient de verwijzende rechter thans uitspraak te doen.

II. Relevante bepalingen van nationaal recht

De voor de beslissing over het hoger beroep relevante bepalingen van het nationale recht luiden in de geldende versie als volgt:

§ 242 [Bürgerliches Gesetzbuch, burgerlijk wetboek; hierna: „BGB”] Uitvoering te goeder trouw

De schuldenaar is verplicht de prestatie overeenkomstig het vereiste van goede trouw in de context van de handelsgebruiken te verrichten.

§ 312c Overeenkomsten op afstand

(1) Overeenkomsten op afstand zijn overeenkomsten waarbij de handelaar of een persoon die in zijn naam of voor zijn rekening optreedt, en de consument voor het onderhandelen over en het sluiten van de overeenkomst uitsluitend gebruik maken van middelen voor communicatie op afstand, tenzij de overeenkomst niet in het kader van een georganiseerd systeem voor verkoop of dienstverlening op afstand wordt gesloten.

(2) Middelen voor communicatie op afstand in de zin van deze wet zijn alle middelen voor communicatie die voor het voorbereiden of het sluiten van een overeenkomst kunnen worden gebruikt zonder dat de partijen gelijktijdig fysiek aanwezig zijn, zoals brieven, catalogi, telefoongesprekken, faxberichten, e-mails, via een mobiele telefoondienst verzonden berichten (SMS) alsmede radio en elektronische informatie- en communicatiediensten.

§ 357 Rechtsgevolgen van de herroeping van overeenkomsten die buiten verkoopruimten of op afstand zijn gesloten, met uitzondering van overeenkomsten betreffende financiële diensten

(1) Ontvangen prestaties moeten binnen 14 dagen worden geretourneerd.

[...]

(8) Wanneer de consument een overeenkomst voor de verrichting van diensten [...] herroept, betaalt hij een schadevergoeding voor de prestatie die reeds is verricht vóór de herroeping, wanneer hij de handelaar uitdrukkelijk heeft verzocht om met de uitvoering van de prestatie te beginnen vóór het einde van de herroepingstermijn. Het uit de eerste volzin voortvloeiende recht bestaat alleen als de handelaar de consument naar behoren heeft geïnformeerd overeenkomstig artikel 246a, § 1, lid 2, eerste volzin, punten 1 tot en met 3, van het Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch (wet tot invoering van het burgerlijk wetboek). [...] De schadevergoeding moet worden berekend op basis van de overeengekomen totale prijs. Als de totale overeengekomen prijs excessief is, wordt de schadevergoeding berekend op basis van de marktwaarde van de geleverde prestatie.

[...]

III Verzoek aan het Hof om een prejudiciële beslissing

Volgens de verwijzende rechter hangt het slagen van het hoger beroep af van het antwoord op de in het dictum van de beslissing opgeworpen vragen over de uitlegging van artikel 2, punt 7, en artikel 14, lid 4, van richtlijn 2011/83.

Dit volgt uit het volgende:

Eerste prejudiciële vraag

De verwijzende rechter is vooralsnog geneigd de opvatting te volgen dat tenminste de overeenkomst die via de architect als hulppersoon bij de onderhandelingen tussen partijen tot stand is gekomen, niet binnen de werkingssfeer van § 312c, lid 1, BGB (artikel 2, punt 7, van richtlijn 2011/83) valt.

Het is juist dat verzoekster enerzijds en verweerster en de architect anderzijds tot het sluiten van overeenkomst uitsluitend met middelen voor communicatie op afstand met elkaar hebben gecommuniceerd, te weten per post of e-mail. Met het oog op de bescherming die met § 312c BGB wordt beoogd, is dit artikel echter waarschijnlijk niet van toepassing omdat de consument een professionele handelaar heeft ingeschakeld om de overeenkomst voor te bereiden.

§ 312c BGB, waarbij artikel 2, punt 7, van richtlijn 2011/83 in het Duitse recht wordt geïmplementeerd, komt grotendeels overeen met de op 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 1997, L 144, blz. 19; hierna: „richtlijn 97/7/EG”) gebaseerde oude regeling van § 312b, lid 1, eerste volzin, BGB (oude versie). Volgens de overwegingen 11 en 14 van richtlijn 97/7/EG was de reden voor de invoering van speciale regels voor de verkoop op afstand dat het de consument in de praktijk vóór de sluiting van de overeenkomst niet mogelijk is het product te zien of van de kenmerken en de prijs van de diensten daadwerkelijk kennis te nemen. In overweging 37 van richtlijn 2011/83 wordt dit althans voor goederen nogmaals verduidelijkt.

Het doel van § 312c BGB, dat in overeenstemming met de richtlijn moet worden uitgelegd, is dus om twee voor de verkoop op afstand typische tekortkomingen te compenseren om de consument te beschermen: De consument kan de goederen of diensten niet controleren voordat hij de overeenkomst sluit en kan zich niet tot een natuurlijke persoon wenden om nadere informatie te verkrijgen [zie RegE, BT-Drs. 14/2658, blz. 15; RegE, BT-Drs. 17/12637, blz. 50; beslissing van het Bundesgerichtshof (hoogste federale rechter in burgerlijke en strafzaken, Duitsland; hierna: „BGH”) van 21 oktober 2004, III ZR 380/03, punt 21 en aldaar aangehaalde rechtspraak].

Naar het oordeel van de verwijzende rechter is een gebrek aan informatie niet te verwachten, indien de consument in het kader van de voorbereiding van de overeenkomst een handelaar die door zijn beroepsactiviteit over voldoende deskundigheid beschikt ten aanzien van de diensten waarop de overeenkomst betrekking heeft en die voor de consument voor eventuele vragen beschikbaar is, vraagt om hem bij de onderhandelingen te ondersteunen.

Tweede prejudiciële vraag

Indien de consument ondanks deze omstandigheden toch over een herroepingsrecht beschikt, zal hiervan volgens de verwijzende rechter geen sprake meer zijn, wanneer de hulppersoon bij de onderhandelingen die op de hoogte is van het door de consument geplande bouwproject, ook het voorwerp van de overeenkomst bepaalt en de latere wederpartij van de consument alleen benadert om de verdere voorwaarden van de overeenkomst af te stemmen. Hieraan doet ook niet af dat een door de handelaar op basis daarvan gedaan aanbod voor een overeenkomst vervolgens door de consument alleen wordt aanvaard [bijvoorbeeld met vergelijkbare overwegingen: beslissing van het Oberlandesgericht Frankfurt am Main (hoogste rechterlijke instantie van de deelstaat Hessen, Duitsland) van 2 november 2016, 17 U 77/16, punt 55].

Aangezien de werkingssfeer van de bescherming van artikel 2, punt 7, van richtlijn 2011/83 reeds niet aan de orde is, is de verwijzende rechter van oordeel dat ook geen afbreuk kan worden gedaan aan het in artikel 1 van richtlijn 2011/83 neergelegde doel van een hoog niveau van consumentenbescherming.

Derde prejudiciële vraag

Indien de consument zijn wilsverklaring tot het sluiten van de oorspronkelijke overeenkomst (hoofdovereenkomst) niet kan herroepen, omdat § 312c BGB in de constellaties van de eerste vraag en de tweede vraag, onder a) of b), niet van toepassing is, moet het ontbreken van de herroepingsmogelijkheid zich volgens de verwijzende rechter ook uitstrekken tot daarop gebaseerde aanvullende of latere overeenkomsten.

Bij bouwprojecten houden de partijen in de regel niet reeds op het moment dat de overeenkomst wordt gesloten, rekening met alle voor de uitvoering noodzakelijke prestaties. Vaak blijkt pas na de start van de bouw dat verdere (individuele) werkzaamheden noodzakelijk zijn, die dan door middel van addenda tussen partijen worden overeengekomen. Indien de consument de aanvullende overeenkomst zelfs zou mogen opzeggen in gevallen waarin de hoofdovereenkomst onherroepelijk is, zou het dus vaak alleen van het toeval afhangen welke noodzakelijke bouwwerkzaamheden ongedaan zouden moeten worden gemaakt en welke niet.

Volgens de verwijzende rechter kan een dergelijk toevallig rechtsgevolg, dat uitsluitend is gebaseerd op het tijdstip van het sluiten van de aanvullende

overeenkomst, niet het doel van artikel 2, punt 7, van richtlijn 2011/83 zijn, wanneer de latere overeenkomst in vergelijking met de hoofdovereenkomst wat betreft de omvang van de prestaties en de verwachte kosten niet van belang is.

De verwijzende rechter is zich ervan bewust dat een aanvullende opdracht bij een reeds gesloten overeenkomst op zichzelf kan worden beschouwd als een buiten verkoopruimten gesloten overeenkomst als bedoeld in artikel 2, punt 8, van richtlijn 2011/83 (zie beslissing van het BGH van 6 juli 2023, VII ZR 151/22). Hij is echter van mening dat, met het oog op het beschermende doel, de aanvullende opdracht niet als een overeenkomst op afstand mag worden aangemerkt, indien het zwaartepunt van de prestatie op de hoofdovereenkomst ligt en deze vanwege het feit dat de consument een handelaar erbij heeft betrokken, geen overeenkomst op afstand vormt.

Vierde prejudiciële vraag

Voor zover verweerster echter gebruik zou kunnen maken van het herroepingsrecht, zou zij op 7 december 2021 haar wilsverklaring tot het sluiten van een bouwovereenkomst rechtsgeldig overeenkomstig § 312g, lid 1, juncto § 355, lid 1, BGB (artikel 9, lid 1, van richtlijn 2011/83) hebben herroepen. Het herroepingsrecht was nog niet vervallen, omdat verzoekster haar bij het sluiten van de overeenkomst op 15 december 2020 geen informatie over dit recht had verstrekt en de termijn van 12 maanden en 14 dagen nog niet was verstreken (§ 356, lid 3, eerste en tweede volzin, BGB en artikel 10 van richtlijn 2011/83).

Op grond van deze herroeping verloor verzoekster haar recht op de in de overeenkomst overeengekomen vergoeding en zou zij reeds ontvangen betalingen aan verweerster moeten terugbetalen (§ 357, lid 1, BGB en artikel 13 van richtlijn 2011/83).

Volgens de bewoordingen van § 357 BGB (artikel 14 van richtlijn 2011/83) zou verzoekster niets ontvangen voor de prestaties die zij uit hoofde van de overeenkomst heeft verricht: De door haar aan verweerster geleverde dienst – het plaatsen van de steiger – is geen goed dat verweerster zou kunnen terugzenden of beschikbaar zou kunnen houden, zodat dit kan worden opgehaald. Verweerster is als consument volgens § 357, lid 8, BGB (oude versie) [artikel 14, lid 4, onder a), en lid 5, van richtlijn 2011/83] niet verplicht een schadevergoeding te betalen.

Anders dan in de zaken die door het BGH krachtens artikel 267, eerste alinea, onder b), en derde alinea, VWEU aanhangig zijn gemaakt (zie beslissing van het BGH van 31 januari 2022, XI ZR 113/21), wil de verwijzende rechter de consument niet het recht ontzeggen om überhaupt gebruik te maken van zijn herroepingsrecht. Hij acht het evenwel noodzakelijk om het rechtsgevolg van een ontbinding zonder schadevergoeding niet in alle gevallen zonder uitzondering toe te passen, maar hierop onder bepaalde voorwaarden uitzonderingen te maken en de handelaar in individuele gevallen een beperkte schadevergoeding voor zijn prestatie toe te kennen.

De verwijzende rechter miskent niet dat de uitsluiting van een schadevergoeding in artikel 14, lid 4, onder a), en lid 5, van richtlijn 2011/83 een hoog niveau van consumentenbescherming beoogt, waarvan het Hof het belang in zijn rechtspraak regelmatig benadrukt (zie bijvoorbeeld arrest van 17 mei 2023, DC – Herroeping na uitvoering van de overeenkomst, C-97/22, EU:C:2023:413, punt 29 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

In de rechtspraak van het Hof wordt evenwel erkend dat in geval van misbruik of bedrog geen beroep op het Unierecht kan worden gedaan (zie arresten van 13 maart 2014, SICES e.a., C-155/13, EU:C:2014:145, punt 29 en aldaar aangehaalde rechtspraak, en 9 september 2021, Volkswagen Bank e.a., C-33/20, C-155/20 en C-187/20, EU:C:2021:736, punten 119 e.v.).

Tegen deze achtergrond is het naar het oordeel van de verwijzende rechter mogelijk om een consument aan wie geen informatie als bedoeld in artikel 14, lid 4, onder a), van richtlijn 2011/83 is verstrekt en die een overeenkomst voor reeds verrichte diensten conform artikel 9, lid 1, van richtlijn 2011/83 heeft herroepen, het recht te ontzeggen om zich te beroepen op de uitsluiting van de schadevergoeding voor diensten die niet geschikt zijn om te worden geretourneerd, namelijk wanneer dit in een individueel geval op grond van bijzondere omstandigheden in strijd met de goede trouw is.

Indien de handelaar dus een schadevergoeding wordt toegekend, betekent dit niet dat het effect van de door de consument uitgeoefende herroeping volledig teniet wordt gedaan. Het wordt slechts in zoverre beperkt dat de consument de handelaar onder bepaalde omstandigheden een financiële compensatie voor de prestatie dient te betalen, waarbij het bedrag ook slechts tot een deel van de overeengekomen vergoeding kan worden beperkt dat in het individuele geval moet worden vastgesteld en tevens maximaal zo hoog als het bedrag van deze vergoeding mag zijn.

Volgens de verwijzende rechter is deze benadering niet in strijd met het vereiste van volledige harmonisatie in artikel 4 van richtlijn 2011/83. Het rechtsgevolg waarin de richtlijn in artikel 14, lid 4, onder a), en lid 5 voorziet, wordt immers niet in het algemeen, maar slechts gedeeltelijk in specifieke individuele gevallen gewijzigd die door de nationale rechters nader moeten worden bepaald. Richtlijn 2011/83 wordt daardoor niet in haar praktische werking beperkt. Aangezien dit op grond van het verbod op misbruik van recht en bedrog gebeurt en dit beginsel ook in het Unierecht is erkend, overschrijdt een nationale rechter bij zijn toepassing van het recht dus niet de grenzen van het Unierecht, maar beweegt hij zich binnen het kader van een uitzondering die het Unierecht heeft doen ontstaan.

Aangezien het gaat om de toepassing van een Unierechtelijke bepaling op een individueel geval, is de verwijzende rechter van mening dat het in beginsel niet vereist is om het Hof te verzoeken om te verduidelijken of het beroep op een door Unierecht gecreëerde rechtspositie onder bijzondere omstandigheden wegens misbruik van recht of bedrog ontoelaatbaar kan zijn. Deze mogelijkheid bestaat er

in individuele gevallen echter altijd en door de nationale rechters moet bij de toepassing van het recht worden onderzocht wanneer aan de voorwaarden van een dergelijk individueel geval is voldaan. Het fundamentele bestaan van het bezwaar van bedrog hoeft niet voor elk afzonderlijk recht dat aan het Unierecht is ontleend, door een verwijzing naar het Hof te worden bevestigd [zie beslissing van het Bundesverfassungsgericht (federaal grondwettelijk hof, Duitsland; hierna: „BVerfG”) van 2 februari 2015, 2 BvR 2437/14, punt 42; beslissingen van het BGH van 16 juli 2014, IV ZR 73/13, punt 42, en 19 juli 2013, IV ZR 268/21].

Om deze reden heeft de verwijzende rechter zich in een eerder arrest zonder voorafgaande verwijzing naar het Hof op het standpunt gesteld dat het in bijzondere omstandigheden in strijd met de goede trouw kan zijn, wanneer een consument die een overeenkomst voor bouwwerkzaamheden na het begin van de uitvoering heeft herroepen, zich overeenkomstig § 357, lid 8, tweede volzin, BGB [artikel 14, lid 4, onder a), en lid 5, van richtlijn 2011/83] ten opzichte van de handelaar beroept op het recht om geen schadevergoeding te hoeven betalen (zie beslissing van het Kammergericht van 16 november 2021, 21 U 41/21, punten 46-47).

De reden waarom de verwijzende rechter de vraag over de oneerlijke toepassing van artikel 14, lid 4, onder a), en lid 5, van richtlijn 2011/83 nu toch aan het Hof heeft voorgelegd, is het arrest van 17 mei 2023 (DC – Herroeping na uitvoering van de overeenkomst, C-97/22, EU:C:2023:413). Hierin heeft het Hof geoordeeld dat artikel 14, lid 4, onder a), en lid 5, van richtlijn 2011/83 aldus moet worden uitgelegd dat het een consument vrijstelt van elke verplichting tot betaling van de prestaties die zijn verricht ter uitvoering van een buiten verkoopruimten gesloten overeenkomst wanneer de betrokken handelaar hem niet de in dit artikel 14, lid 4, onder a), i), bedoelde informatie heeft verstrekt en deze consument zijn herroepingsrecht heeft uitgeoefend nadat die overeenkomst reeds was uitgevoerd.

Deze uitspraak van het Hof kan volgens de verwijzende rechter aldus worden opgevat dat de handelaar in de in casu onderzochte constellatie *nooit* recht op schadevergoeding voor zijn prestatie ten opzichte van de consument kan hebben. Een dergelijke uitsluiting van een schadevergoeding zonder uitzonderingen kan naar het oordeel van de verwijzende rechter evenwel niet juist zijn, omdat het Hof ook het verbod van misbruik van het Unierecht heeft erkend.

In dit verband is ook van belang dat het arrest van het Hof van 17 mei 2023 in de zaak C-97/22 de prejudiciële vraag betreft of een handelaar in het algemeen recht op schadeloosstelling kan hebben voor het door zijn prestatie toegenomen vermogen van de consument.

Een dergelijke benadering zou de beoordeling in artikel 14, lid 4, onder a), en lid 5, van richtlijn 2011/83 op een abstract-algemeen niveau wijzigen en hierdoor afbreuk doen aan haar praktische werking. De prejudiciële vraag van de verwijzende rechter strekt er daarentegen toe om de beoordeling van artikel 14, lid 4, onder a), en lid 5, van richtlijn 2011/83 vanuit het oogpunt van goede trouw

alleen in individuele gevallen te beperken, maar niet in die mate dat de praktische werking ervan in het algemeen wordt aangetast.

Ter verduidelijking van zijn standpunt voegt de verwijzende rechter daaraan toe dat de omstandigheid dat een consument zich beroept op de uitsluiting van een schadevergoeding op grond van artikel 14, lid 4, onder a), en lid 5, van richtlijn 2011/83 naar zijn oordeel in strijd met de goede trouw kan zijn, indien cumulatief aan de volgende voorwaarden is voldaan:

- Er kan niet worden vastgesteld dat de handelaar overeenkomstig artikel 14, lid 4, onder a), i), van richtlijn 2011/83 opzettelijk heeft nagelaten de informatie aan de consument te verstrekken.
- De handelaar heeft bouwwerkzaamheden voor de consument verricht die om feitelijke of economische redenen niet kunnen worden geretourneerd.
- De consument maakt nu permanent gebruik van deze prestatie of heeft de aan de prestatie inherente waarde volledig benut.
- Het staat vast dat de schadevergoeding niet excessief is.

Hieruit blijkt dat het bezwaar van bedrog inhoudt dat de uitsluiting van de schadevergoeding, waarin artikel 14, lid 4, onder a), en lid 5, van richtlijn 2011/83 voorziet, niet in het algemeen van toepassing is, maar alleen in bepaalde uitzonderlijke gevallen, die een ondergeschikt deel van de algemene werkingssfeer van deze bepaling vormen, zodat haar praktische werking niet wordt aangetast.

Of er in een dergelijk individueel geval ook sprake is van een „subjectief element” in de vorm van de bedoeling van de consument „om een door de Unieregeling toegekend voordeel te verkrijgen door kunstmatig de voorwaarden te creëren waaronder het recht op dat voordeel ontstaat” (zie arrest van 26 februari 2019, T Danmark en Y Denmark, C-116/16 en C-117/16, EU:C:2019:135; punt 97 en aldaar aangehaalde rechtspraak), kan volgens de verwijzende rechter in het midden worden gelaten. Het Hof heeft het bezwaar dat met misbruik een beroep op een Unierechtelijke bepaling wordt gedaan, hiervan afhankelijk gesteld (zie arrest van 26 februari 2019, T Danmark en Y Denmark, C-116/16 en C-117/16, EU:C:2019:135; punt 97 en aldaar aangehaalde rechtspraak, en beslissing van 19 juli 2023, IV ZR 268/21, punt 26). Dit kan echter geen essentiële voorwaarde zijn om een beroep op een Unierechtelijke rechtspositie in een individueel geval als in strijd met de goede trouw te kunnen aanmerken. Veeleer moet hiervoor het tegenstrijdige gedrag van de van de door het Unierecht toegekende voordelen profiterende wederpartij, dat aan de hand van bijzondere omstandigheden kan worden vastgesteld en duidelijk verschilt van de gebruikelijke uitvoering van een dergelijke overeenkomst, voldoende zijn (zie beslissing van het BVerfG van 2 februari 2015, 2 BvR 2437/14, punt 45, en beslissing van het BGH van 19 juli 2023, IV ZR 268/21, punt 26).

[OMISSIS]